محمد مصطفى شلبي
استاذ الشريعة فى كلية الحقوق
جامعة الأسكندرية

المدخل

فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه

١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م

مطبعة دار التأليف
٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر تليفون : ٢١٨٢٥

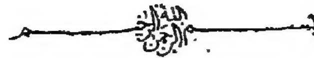
محمد مصطفى شلبي
أستاذ الشريعة
كلية الحقوق — جامعة الإسكندرية

المدخل

في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه

١٣٨٢ هـ — ١٩٦٢م

مطبعة دار التأليف ـ ٨ ش يعقوب بالمالية ت ٢١٨٢٥



افتتاحية الطبعة الجديدة

« الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ليخرج الناس من الظلمات إلى النور »

« كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير »

« كتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد »

« كتاب تكفل الله بحفظه من التغيير والتبديل « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون »

كتاب أسس شريعة الإسلام على العدالة المطلقة والمساواة بين الناس، فألغى نظام الطبقات، وأهدر موازين المفاضلة والتكريم التى كانت تقوم على القوة والجاه، وأقام ميزانا جديدا يعتمد على تقوى الله فحسب « إن أكرمكم عند الله أتقاكم »

والصلاة والسلام على من جعل الله رسالته رحمة عامة شاملة « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين »

وختم به سلسلة الأنبياء والمرسلين « ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين »

فبلغ الرسالة وأدى الأمانة ، وأبان ما خفى من التنزيل بالهام من الله العلى الخبير « إن علينا جمعه وقرآنه فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه »

فترك لنا كتاب الله المحكم وسنته الشارحة المبينة ، وهما العاصم لمن تمسك بهما واقتدى بهديهما .

« تركت فيكم أمرين لن تضلوا ماتمسكتم بهما كتاب الله وسنتى »

ترك لنا الأسس والمبادىء التى لاتغيرها الأيام ، ثم فتح باب الاجتهاد لأصحابه ليكون سنة الله فى هذه الأمة ، فقاموا من بعده بتطبيق تلك المبادىء على ماجد من وقائع تطبيقا حقق للأمة مصالحها، وحفظ لهذه الشريعة روعتها ، ثم جاء من بعدهم طائفة قامت بهذا الحق ، تلتها أخرى وأخرى ، وستبقى كذلك حتى يأتى أمر الله كما أخبر الصادق الأمين .

« لاتزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق حتى يأتى أمر الله »

وبعد فهذا كتابنا نقدمه لطلاب الفقه الإسلامى فى طبعته الجديدة بعد تنقيحه وتهذيبه والزيادة فيه حسبما أرشدتنا إليه دراستنا السابقة وتمشيا مع واقعنا الذى نعيش فيه ، والله أسأل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم ، وأن يحقق به النفع العام إنه أكرم مسئول ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

حدائق شبرا فى { ربيع الثانى سنة ١٣٨٢ هـ / سبتمبر سنة ١٩٦٢ م } المؤلف

مقدمة الطبعة الأولى

ربنا ولك الحمد ، عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير .

والصلاة والسلام على خاتم رسل الله محمد بن عبدالله المبعوث رحمة للعالمين، وعلى جميع الأنبياء والمرسلين ، دعاة الخير والرشاد .

« ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيء لنا من أمرنا رشداً » .

وبعد . فإن الفقه الإسلامي قانون عام منظم للعلاقات ، مبين لحكم كل مايصدر من تصرفات ، فردية كانت أو جماعية أو دولية ، فهو يتحدث عن الصلة بين العبد وربه ، وعن الصلة بين الإنسان والإنسان ، أفراداً وجماعات ، وضع الوحي الإلهي قواعده العامة ، ومبادئه السامية كاملة فى فترة الرسالة « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » . ثم أخذ ينمو على مر الزمان بفضل مابذله رجاله من جهد مشكور ، حتى وصل فى فترة وجيزة من الزمن إلى غاية لم يصل إليها غيره فى قرون عديدة .

ذلك أنه أسس على قواعد مرنة قابلة للتطبيق مهما اختلفت الأزمان ، وتنوعت البيئات ، طبقها الفقهاء فى يسر وسهولة على ماجد فى أزمانهم من أحداث ، ولم تقف بهم عند هذا الحد ، بل طاوعتهم إلى عالم الفرض والتقدير ، ففرضوا المسائل ، وقدروا لها الأحكام على ضوء تلك القواعد ، فتكون من مجموع تلك الاجتهادات بناء ضخم يعتبر ثروة عظيمة صالحة للانتفاع بها فى التقنين الحديث إذا ما مستها يد التنظيم .

ولقد أدرك رجال القانون الغربيون — من زمن بعيد — مافى هذا الفقه من مميزات ، ومافيه من حلول لمشاكل الحياة ، فأخذوا منه الشيء الكثير ، ثم اعترفوا به كمصدر من مصادر القانون ، وأنه مستقل عن غيره ، وذلك فى مؤتمراتهم العامة .

فالمؤتمر الدولى للقانون المقارن المنعقد فى مدينة « لاهاى » فى دورته الأولى عام ١٩٣٢ م يعترف أعضاؤه من فقهاء الألمان والإنجليز والفرنسيين بأن الشريعة الإسلامية مرنة قابلة للتطور ، وإنها إحدى الشرائع الأساسية التى سادت ، ولا تزال تسود العالم .

وفى دورته الثانية عام ١٩٣٧ م فى نفس المدينة يقرر بإجماع الآراء القرارات الآتية :

أولا : اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .

ثانيا : اعتبارها حية قابلة للتطور .

ثالثا : اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

وذلك بعد أن تقدم مندوبا الأزهر فى المؤتمر ببحثين . أحدهما فى « المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية فى نظر الإسلام » . وثانيهما عن « نفى العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى » :

وفى سنة ١٩٤٨ م انعقد مؤتمر المحامين الدولى بمدينة « لاهاى » أيضاً ، وقد اشتركت فيه ثلاث وخمسون دولة ، وكان من ضمن قراراته بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه مايلى :

اعترافا بما فى التشريع الإسلامى من مرونة ، وماله من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وبالتشجيع عليها .

وأخيراً تنبه رجال القانون عندنا إلى ماسبقهم إليه غيرهم ، فأخذوا طائفة كبيرة من أحكام الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه ، وأدخلوها فى تقنينهم ، ثم خطوا خطوة أخرى ، فجعلوا هذا الفقه مصدراً رسمياً من مصادر القانون .

بمعنى أن القاضى إذا لم يجد نصاً تشريعياً ولا عرفاً طبق مبادىء الشريعة الإسلامية ، كما قرر ذلك القانون المدنى الجديد فى الفقرة الثانية من المادة الأولى . ونصها :

« إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة »(١) .

جاء فى مقدمة المذكرة التفسيرية لمشروع ذلك القانون ما يلى .

بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التى استند إليها المشروع ، وقد استمد منها كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامها التفصيلية ، وقبل هذا وذاك أدخل المشروع فى شأن الشريعة الإسلامية تجديداً خطيراً ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى إذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه ، والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة فسيرجع القضاء إذن للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الأقضية ، وفى هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ، لا سيما إذا لوحظ أن ما ورد فى المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة دون كبير مشقة ، فسواء وجد النص أو لم يوجد فإن القاضى فى أحكامه بين اثنتين . إما أن يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الإسلامية ، وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أخذ المشروع بنظريات عامة فى الشريعة الإسلامية ، وبأحكام تفصيلية منها ، ثم أفاضت المذكرة فى بيان بعض هذه النظريات .

---

(١) وفى بعض المواضع يحيل صراحة على أحكام الشريعة الإسلامية فالمادة ـ ٣٢ ـ تنص على أنه « يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » .

وجاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون المدنى الجديد بشأن موقف المشروع من الشريعة الإسلامية استمداداً منها، وجعلها مصدراً من مصادره، كما ورد فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ — ما يلى.

وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضى إذا لم يجد حكما فى التشريع أو العرف؛ وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه، ولا ينكر ما للفقه الإسلامى من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمى، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً القانون العام فى كثير من المسائل فى مصر. وفى تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث روحى حرى بأن يصان وأن ينتفع به، واللجنة تسجل ما صادفت فى المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية. كالأحكام الخاصة بنظرية التعسف فى استعمال الحق، وحوالة الدين، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة، وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم فى التقنينات الغربية. وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حوت من أحكام أحكموا سبكه وتطبيقه على ما عرض فى عصورهم من أقضية لقرون خلت قبل أن يخطر شىء من ذلك ببال فقهاء الغرب، أو من تولوا أمر التشريع فيه.

ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفى أن يشار فى صددها إلى ما تعلق بمجلس العقد، وإيجار الوقف والحكر، وإيجار الأراضى الزراعية، وهلاك الزرع فى العين المؤجرة، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه بالعذر. هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالى أحكامها من الشريعة الإسلامية، وأبقاها المشروع، كبيع

المريض مرض الموت ، والغبن ، وتبعة الهلاك فى البيع ، وغرس الأشجار فى العين المؤجرة ، والعلو والسفل ، والحائط المشترك ، أما الأهلية والهبة(١) والشفعة ، والمبدأ الخاص بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهى أحكام لها أهميتها فى الحياة العملية .

وفى حدود هذا المصدر الثانى كان مسلك المشروع قويما ارتاحت إليه اللجنة وآنست فيه اتجاها إلى تقدير ما للفقه الإسلامى من مزايا أدركها علماء الغرب من زمن بعيد ، وبقى على دول الشرق أى تحلها المحل الخليق بها ، وأن تعبر عمليا عن اعتزازها بها ، وحرصها على استدامتها ، ولعل من نافلة القول أن يشار إلى أن هذا المسلك أمعن فى رعاية ما للماضى من حرمة ، وأبلغ فى قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامى باجتهادهم ، وأسبغوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تتسع لما درج الناس عليه فى معاملاتهم ، ولا ترى اللجنة فى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى مساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكينا لأسباب الاستقرار من طريق تقصى التقاليد الصالحة التى ألفها المتعاملون فى البلاد منذ مئات السنين .

هذا ولم يشترط شراح القانون فى الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى غير مراعاة التنسيق ما بين الأحكام التى تؤخذ ، والمبادىء العامة التى يقوم عليها التشريع المدنى(٢) .

---

(١) جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون : واستمد المشروع الأحكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الإسلامية ، وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا . وبعد كلام تقول : والرجوع فى الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية .

(٢) راجع الوسيط للدكتور السنهورى ص ٤٥ وما بعدها .

ولنا كبير الأمل فى أن لا يقف أمر الفقه الإسلامى فى تشريعنا عند اقتباس بعض الأحكام منه أو الإحالة عليه عند عدم وجدان النص التشريعى، بل يتخطى ذلك إلى ماهو أعم منه وأشمل، يتخطاه إلى أن يُعاد له مكانته ويجعل هو الأساس للتشريع، فهو فقه ولد فى الشرق، ونما وترعرع فى تربته.

ونحن فى عصر نهضة ثورية تهدف إلى القضاء على التبعية والانحياز فى كل شىء، نهضة تقوم على الاكتفاء الذاتى والاستقلال فى كل ناحية، ولا يتم لنا ذلك إلا بتخليص تشريعنا من كل نص دخيل أو فكرة جاءتنا مع الاستعمار.

والفقه الإسلامى كغيره من القوانين له خصائصه ومميزاته التى يمتاز بها من حيث نشأته، وتطوره، والأسس التى بنى عليها، والمصادر التى يستمد منها، وفيه مذاهب عديدة تتفق فى بعض نواحيها. وتختلف فى بعضها الآخر.

لهذا ولغيره كان لا بد من تمهيد لدراسته ينير الطريق أمام طالبه، ويجعله يسير فى بحثه على هدى، تمهيد يعطى للطالب فكرة عامة عنه، ويرسم له صورة واضحة المعالم يرجع إليها إذا ما اشتبه عليه الأمر أو اختلط، تمهيد سمى فى الاصطلاح الحديث بـ « **المدخل** »

يعرف بهذا الفقه ونشأته، وأدوار تكوينه، وما طرأ عليه من عوامل كانت سبباً فى ازدهاره فى عصوره الأولى، وأخرى كانت عائقة له عن النهوض ومسايرة الزمن فى عصوره المتأخرة، كما يعرف بأشهر المذاهب الفقهية أصحابها ونشأتها وطريقة تكوينها، والتلاميذ الذين عملوا على نشرها، واختلاف الفقهاء وأسبابه فى العصور المختلفة، ثم يبين فى إيجاز مصادره، ما اتفق عليه منها، وما اختلف فيه.

وبعد هذا يعرض المقارنة بينه وبين القوانين الوضعية، ولبعض ما أثير حوله من شبهات يدفعها فى هدوء، ولكى يكون هذا المدخل وافياً بالغرض

منه محتوما لمقصوده ينبغي أن يمم نحو بعض النظريات العامة ، فيعرضها بإيجاز لما فيها من قواعد ومصطلحات ، يجدها طالب الفقه في طريقه . يتعثر فهمه بها ، إذا لم يكن واعياً لها ، ملماً بمعناها من قبل ، كنظرية الملكية أسبابها وأنواعها ، والعقد وتكوينه ، والشروط المقترنة به ومدى تأثيرها فيه ، والأهلية وعوارضها والولاية ، والنيابة وتقسيمات العقود ، ومايتأثر به العقد في صحته أو لزومه ، إلى غير ذلك من البحوث التي لاغنى عنها لمن أراد دراسة الفقه . .

وعلى ذلك ينقسم هذا المدخل حسبما يقضي به منطق البحث إلى قسمين :

القسم الأول في التعريف والتاريخ ، ومايتعلق بذلك من المقارنة وغيرها .

القسم الثاني في بعض النظريات الفقهية . قواعدها ومصطلحاتها .

ولقد جعلته وسطاً بين مرتبتي الإيجاز والتطويل ليكون مرجعاً للطلاب في استذكار ماسمعوه على من محاضرات وعلى الله قصد السبيل ، وهو ولي التوفيق .

ربيع الأول سنة ١٣٧٦ هـ
أكتوبر سنة ١٩٥٦ م

محمد مصطفى شلبي

القسم الأول

في التعريف بالفقه الإسلامي وبيان أدواره وأصوله وما يتبع ذلك
من الكلام على المذاهب والمقارنة بينه وبين القوانين الوضعية

الشريعة والدين والفقه والفرق بينها

الشريعة: فى لغة العرب تطلق على الطريقة المستقيمة . ومن هذا المعنى قوله تعالى « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولاتتبع أهواء الذين لايعلمون » (١)

ومثلها فى ذلك الشّرعة قال تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » (٢) أى طريقة مستقيمة لااعوجاج فيها ولا التواء ، كما تطلق على مشرعة الماء وهو مورد الشاربة .

والفقهاء المسلمون يريدون بها « الأحكام التى شرعها الله لعباده على لسان رسول من الرسل » .

وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها وعدم انحرافها عن الطريق المستقيم كما وأنها شبيهة بمورد الماء فى أن كلا منهما سبيل للحياة ، فهى تحيى النفوس والعقول وهو يحيى الأبدان .

والتشريع مأخوذ من الشريعة ، ويراد به سن الشرائع والأحكام ، كما أن شرع معناه . أنشأ الشريعة ، ومنه قوله تعالى « شرع لكم من الدين ماوصى به نوحا والذى أوحينا إليك وماوصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولاتتفرقوا فيه » (٣) وقوله « أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين مالم يأذن به الله » (٤)

والإسلامية: نسبة إلى الإسلام، والإسلام لغة مصدر أسلم ، وهو يستعمل فى الاصطلاح الشرعى . بمعنى الخضوع والانقياد لأمر الله والتسليم لقضائه وأحكامه والرضى بها .

---

(١) الجاثية ـ ١٨ (٢) المائدة ـ ٤٨ (٣) الشورى ـ ١٣
(٤) الشورى ـ ٢١

ومنه قوله تعالى « إذ قال له ربه أسلم قال أسلمت لرب العالمين »[1] «وأنيبوا إلى ربكم وأسلموا له » [2] « ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك » [3] .

كما استعمل فى عقيدة التوحيد المشتركة بين الديانات السماوية كلها ، ولذلك صح وصف الأنبياء والرسل السابقين بأنهم مسلمون « يحكم بها النبيون الذين أسلموا » [4] « ما كان ابراهيم يهوديا ولا نصرانيا ولكن كان حنيفا مسلما »[5] فلما أحس عيسى منهم الكفر قال من أنصارى إلى الله قال الحواريون نحن أنصار الله آمنا بالله وأشهد بأنا مسلمون » [6]

واشتهر استعماله بمعنى الدين الذى بعث الله به محمدا صلى الله عليه وسلم . ومنه قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا » [7] وقوله . « ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه [8] وقوله « إن الدين عند الله الإسلام » [9] « فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للاسلام » [10]

وهو بهذا المعنى الأخير مرادف للشريعة الإسلامية ، فيشمل كل ماجاء به رسول الله من عقائد وتعاليم خلقية وأحكام تشريعية .

فالشريعة الإسلامية أو الإسلام مجموعة الأحكام التى نزل بها الوحى على محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه »

وهى تنقسم إلى ثلاثة أقسام

---

(١) البقرة - ١٣١ (٢) الزمر - ٥٤ (٣) البقرة - ١٢٨
(٤) المائدة - ٤٤ (٥) آل عمران - ٦٧ (٦) آل عمران - ٥٢
(٧) المائدة - ٣ (٨) آل عمران - ٨٥ (٩) آل عمران - ١٩
(١٠) الأنعام - ١٢٥

١ — ما يتعلق بالعقائد الأساسية . كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته ، وبالإيمان به وبرسله واليوم الآخر ومافيه من حساب وجزاء ، وقد تكفل بهذا النوع علم الكلام .

٢ — ما يتعلق بتهذيب النفوس وإصلاحها . كالأحكام المبينة للفضائل التى يجب أن يتحلى بها الإنسان . كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد والشجاعة والايثار والتواضع والإحسان والعفو والصفح ، والأحكام المبينة للرذائل التى يتحتم على المرء أن يتخلى عنها . كالكذب والخيانة وخلف الوعد والجبن والأنانية والتكبر والإساءة إلى الغير والانتقام ، وما إلى ذلك مما تكفل ببيانه علم الأخلاق .

٣ — ما يتعلق ببيان أعمال الناس وتنظيم علاقاتهم بخالقهم كأحكام الصلاة والصوم والزكاة والحج ، وتنظيم علاقات بعضهم ببعض كأحكام البيوع والهبة والإجارة والرهن والزواج والطلاق وغيرها . وقد انفرد بهذا النوع علم خاص يسمى علم الفقه .

والدين فى اللغة يطلق على معان كثيرة . منها ما يتدين به الشخص من الإسلام وغيره ، والطاعة والخضوع ، والجزاء والمكافأة ، والحساب ، والسلطان وغير ذلك ، وقد وردت فى القرآن لعدة معان فى أكثر من تسعين آية « إن الدين عند الله الإسلام » (١) « لكم دينكم ولى دين » (٢) « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك » (٣) « والذى أطمع أن يغفر لى خطيئتى يوم الدين » (٤)

وهى بوجه عام تدل على علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ويخضع

---

(١) آل عمران - ١٩ (٢) الكافرون - ٦ (٣) الشورى - ١٣
(٤) الشعراء - ٨٢

له ، فتكون فى أحدهما طاعة وخضوعا ، وفى الآخر أمرا وسلطانا ، والرباط الذى يربط الطرفين هو ما يدان به .

وهذا المعنى اللغوى يعم كل طاعة وخضوع ، كما يشمل كل ما يدان به من خلق وعادة ومذهب .

والشرعيون يريدون به خضوعا خاصاً وهو خضوع العبد لربه الذى خلقه ، كما يريدون بما يدان به أحكاماً خاصة شرعها الله لعباده ليتعبدهم بها ثم يحاسبهم عليها فى الآخرة .

ومن يتتبع كلمة الدين فى آيات القرآن التى أريد بها الأحكام المشروعة يجدها تطلق فى آيات ويراد بها ما يرادف الشريعة ، وفى أخرى يراد بها ما هو أخص من ذلك ، وهو العقائد الأصلية والمبادىء التى اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها .

فمن الأول قوله تعالى «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » ، وقوله « إن الدين عند الله الإسلام » ، وقوله « لكم دينكم ولى دين » وقوله « ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه » .

فهذه الأحكام التى نزل بها الوحى تسمى شريعة عن جهة أن الله شرعها وأنشأها وتسمى دينا من ناحية أن العامل بها يدين الله تعالى بعمله ويخضع له مبتغيا رضاه

ومن الثانى قوله تعالى « ألا لله الدين الخالص والذين اتخذوا من دونه أولياء ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى »(١) . وقوله « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك » الآية فإن كلمة الدين فى هاتين الآيتين لا تتناول إلا ما اتفقت عليه الرسالات كلها ، وهو توحيد الله والإخلاص له فى العبادة الذى دل عليه قوله تعالى « وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحى إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون »(٢)

---

(١) الزمر - ٣ (٢) الأنبياء - ٢٥

وقول رسول الله « نحن معشر الأنبياء أولاد عَلاّت ديننا واحد »[1] .

ولا تتناول التشريعات التى اختلفت فيها الرسالات مما يدل عليه قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »[2] .

والفقه لغة هو الفهم والفطنة . يقال : افقه عنى ما أقول لك . أى أفهمه وافطنه .

وقال الراغب الأصفهانى ، الفقه معرفة باطن الشىء والوصول إلى أعماقه.

ولقد استعمل القرآن كلمة الفقه فى الفهم الدقيق،قال تعالى « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين»[3] . وقال «لهم قلوب لا يفقهون بها»[4] وقال « فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً »[5] . « قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً مما تقول» [6]

ولذلك قال ابن القيم فى أعلام الموقعين[7] : والفقه أخص من الفهم ، لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه ، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ فى اللغة ، ويتفاوت الناس فى الفهم بتفاوت مراتبهم فى الفقه والعلم .

ثم استعمل فى عرف الإسلام فى نوع من الفهم العميق ، وهو فهم الأحكام الشرعية .

يدل لذلك الآية السابقة « ليتفقهوا فى الدين » وقول رسول الله « من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين » .

---

(١) بنو العلات : أولاد الرجل من نسوة شتى . سميت بذلك لأن الذى تزوج امرأة أخرى بعد الأولى يكون قد تمتع بالثانية بعد تمتعه بالأولى وهو مأخوذ من قولهم : علل بعد نهل . أى شرب ثانيا بعد الشربة الأولى .

(٢) راجع تفسير ابن كثير جـ ٢ص ٦٦ ، جـ ٤ ص ١٠٩ .

(٣) التوبة - ١٢٢ (٤) الأعراف - ١٧٩ (٥) النساء - ٧٨

(٦) هود ٩١ (٧) جـ ٢ ص ٢٦٤

ولقد كان فى صدر الإسلام يطلق على فهم الأحكام الشرعية كلها اعتقادية كانت أو عملية ، فكانت كلمة الفقه مرادفة لكلمة الشريعة والدين بمعناه الأعم .

كما كان يطلق على نفس الأحكام يدل لذلك قول رسول الله « رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه .

استمر ذلك الاطلاق الشامل حتى عصر الأئمة . فأبو حنيفة عرف الفقه . « بأنه معرفة النفس مالها وماعليها » وكان يسمى علم الكلام بالفقه الأكبر .

ولما تمايزت العلوم وشاع التخصص بين العلماء ضاقت دائرة الفقه وأصبح مختصا بنوع من الأحكام . وهو الأحكام الشرعية العملية ، فكان يطلق مرة على معرفة تلك الأحكام ، وأخرى على نفس الأحكام التى تستنبط بالاجتهاد .

وتبع هذا التخصص تخصيص لفظ الفقهاء بمن يعرف هذا النوع من العلم .

ويعرف على الإطلاق الأول : بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية وعلى الثانى : بأنه مجموعه الأحكام العملية المشروعة فى الإسلام سواء أكانت شرعيتها بنص صريح من القرآن والسنة . أم بالإجماع أم باستنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

ولما شاع التقليد بين الفقهاء توسع فى إطلاقه فأصبح يطلق على مجموعة الأحكام التى نزل بها الوحى صراحة والتى استنبطها المجتهدون ، وماخرجه المقلدون على قواعد أئمتهم وأصولهم .

وأضحى هذا المجموع هو المسمى بالفقه . ومن يشتغل به أو يحفظه يسمى فقيها ، ومما تقدم يتبين لنا أن الفقه أخص من الشريعة وليس مساويا لها (١) .

وهذا الفقه نظام شامل ينظم علاقات الإنسان بخالقه ، والعلاقات بين الأفراد والجماعات ، والدولة الإسلامية بغيرها من الدول فى السلم والحرب ،

---

(١) ومن الباحثين من يرى أن الشريعة مساوية للفقه لأنه اختار أنها اسم للأحكام العملية فقط وأنها أخص من الدين . راجع تفسير المنار ج ٦ ص ٤١٢ وما بعدها .

ولهذا قسمه الفقهاء إلى قسمين رئيسيين[1] . عبادات ، وعادات ، وهذا التقسيم مبناه اختلاف المقصود الأصلى منهما ، فما كان الغرض الاول منه التقرب إلى الله وشكره وابتغاء الثواب فى الآخرة ، فهو من قسم العبادات ، كالصلاة والصيام والحج والجهاد لتكون كلمة الله هى العليا ، والنذر فى القربات .

وما كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية ، أو تنظيم علاقة بين فردين ، أو جماعتين وما شاكل ذلك فهو من القسم الثانى « العادات » . كالبيع والإجارة والمزارعة والشركة والحوالة والكفالة والرهن وغيرها .

وهناك فرق آخر بين النوعين متفرع عن الفرق السابق ، وهو أن الاصل فى العبادات أنها غير معقولة المعنى ، جاءت بها النصوص آمرة أو ناهية ، لا يعلم حقيقتها إلا الله ، وكل ما نعرفه من حكمها وعللها مما ورد به النص ، أو عرف بالاستنباط لا أثر له فى قياس ولا إباحة ولا إلغاء .

ولذلك ضلت العقول ضلالا كبيراً فيها فى زمن الفترات ، فخلطوا الحق بالباطل « وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية »[2] « ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى »[3] .

---

(١) قسم فقهاء الشيعة الإمامية موضوعات الفقه إلى أربعة أقسام . العبادات ، والعقود ، والإيقاعات ، والاحكام . ووجه الحصر . أن المبحوث عنه فى الفقه إما أن يتعلق بالامور الأخروية أو الدنيوية ، فإن كان الاول فهو عبادات ، أما الثانى فاما أن يحتاج إلى صيغة أولا ، فغير المحتاج إلى صيغة هو الاحكام . كالديات والقصاص والميراث والاطعمة ، وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فإذا كان من طرف واحد سمى بالإيقاعات ، كالطلاق والعتق والنذر ، وإن كان من طرفين سمى بالعقود ، ويدخل فيها المعاملات والنكاح . مقدمة المختصر النافع .

(٢) الأنفال - ٣٥ (٣) الزمر - ٣ .

ولا أدل على أنها مقصورة على التعبد مما تراه فيها من أمور كثيرة يعجز العقل عن إدراكها ، وإن أدركها فإنما يكون على وجه الإجمال لا التفصيل .

وأما العادات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى ، يدرك العقل كثيراً من أسرارها ، لذلك نرى العقلاء فى زمن الفترات استعملوا عقولهم فى تشريعها ، فأصابوا فى الكثير منها ، وإن كان التوفيق جانبهم فى بعضها الآخر ، ولما جاء الإسلام أقر مما كانوا يتعاملون به أموراً غير قليلة .

يرشدنا إلى ذلك أسلوب التشريع فيها ، فهو لم يعمد إلى التفاصيل ، بل جاء بالاصول الكلية ، والقواعد العامة : ثم أكثر من التعليل ليكون ذلك عونا للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن واختلفت البيئات ، وأما العبادات فهى على العكس من ذلك ، فالقرآن جاء بها إجمالا ، والرسول بينها أكمل بيان .

ثم إن العادات عندهم تنقسم إلى مجموعات اختلف الفقهاء فى عدها حسب اختلاف أنظارهم ، ويمكن تسمية كل مجموعة باسم خاص .

والفقهاء لم يذهبوا طويلا فى طريق الفصل بين هذه المجموعات — كما فعل رجال القانون الوضعى — لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل فى نظرهم . حيث لم يكن عندهم قضاء متنوع يختص كل نوع منه بالفصل فى دعاوى خاصة ولم يكن هناك إجراءات مختلفة فى إثبات الحقوق ، فالقضاء موحد ، والإجراءات تكاد تكون واحدة ، والقاضى يحكم فى كل نزاع يرفع إليه لافرق فى ذلك بين ما يتعلق بالأموال ، وما يتعلق بالدماء والأعراض وغيرها .

ومع هذا فإننا نجد الفقه الإسلامى جاء بجميع فروع القانون الوضعى الحديث . العام منه والخاص .

فالقانون العام الخارجى : وهو المسمى بالقانون الدولى العام بحثه الفقهاء فى

المسائل المتعلقة بالحروب وأسبابها ونتائجها (١) . وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها ، وهى مجموعة تحت عنوان السير (٢) والمغازى . وجميع كتب الفقه فى المذاهب المختلفة عرضت هذا النوع عرضاً وافياً ، كما أن الفقهاء ألفوا فيه تآليف خاصة ، ككتابى السير الصغير ، والسير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيبانى تلميذ أبى حنيفة ، وكتاب السير للإمام الأوزاعى إمام أهل الشام ، وكتاب الرد على سير الأوزاعى للإمام أبى يوسف تلميذ أبى حنيفة ، وغير ذلك مما حوته المكتبة الإسلاميه .

والقانون العام الداخلى بأنواعه الأربعة : الدستورى ، والإدارى، والمالى والجنائى بحثه الفقهاء مابين موسع ومضيق .

فالجنائى مجموع فى أبواب خاصة من كتب الفقه تحت عنوان « الجنايات وقطاع الطريق »،والحدود والتعزيرات، وفيها تفصيل لأنواع الجنايات، وتبيان للعقوبات التى قدرها الشارع لبعض الجنايات ، والعقوبات التى تركها من غير تقدير مفوضة إلى أولى الأمر من الحكام والقضاة .

والقانون المالى ، بحثه الفقهاء فى مواضع متفرقة من كتب الفقه العامة عند الكلام على الزكاة ، والعشر والخراج ، والجزية ، والركاز وغيرها ، .وفى كتب خاصة . ككتاب الخراج لأبى يوسف تلميذ أبى حنيفة ، وقاضى القضاة فى عهد هارون الرشيد ألفه لما طلب منه الخليفة وضع كتاب تسير عليه

---

(١) من عقد الصلح بعد الحرب والمعاهدات وتملك أموال الغنائم ومعاملة الأسرى والتصرف فيهم ومعاملة غير المسلمين من أهل الذمة والمستأمنين والحربيين وغير ذلك .

(٢) سميت بالسير لانها تبين سيرة المسلمين فى المعاملة مع المشركين من أهل الحرب ومع المرتدين عن الإسلام وغيرهم من الذميين والمستأمنين وأهل العهد،وسميت بالمغازى لأن أصلها غزوات الرسول صلى الله عليه وسلم .

الدولة فى السياسة المالية ، وهذا النوع بوجه عام يبحث فى تنظيم بيت المال « خزانة الدولة » ببيان موارده والأموال التى توضع فيه ، والوجوه التى تصرف فيها هذه الأموال .

أما القانون الدستورى الذى يحدد شكل الحكم فى الدولة ، ويبين السطلات العامة فيها ، ويوزع الاختصاصات بينها ، ويحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين هذه السلطات ، ويبين الحريات العامة ، وحقوق الأفراد قبل الدولة ، أو كما يقول الفقهاء : إنه ينظم علاقة الحاكين بالمحكومين ، وبيان كيفية اختيار الولاة وشروطهم ، وحقوق الناس عليهم ، وأحكام العدل والمساواة والشورى .

والقانون الإدارى : وهو مجموعة القواعد التى تحكم نشاط السلطة التنفيذية فى أداء وظيفتها . وقيامها على أمر المرافق العامة ، فلم تعرض لها كتب الفقه بهذا العنوان وإنما عرضت لها بعنوان السياسة الشرعية ، أو الأحكام السلطانية وفيها كتب خاصه مثل كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية المتوفى سنه ٧٢٨ ﻫ وكتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ ﻫ ، وكتاب الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الحنبلى المتوفى سنة ٤٥٨ ﻫ .

والقانون الخاص بفروعه .

القانون المدنى المنظم للأحوال العينية فهو قسم من المعاملات فى الفقه الإسلامى التى تنظم الأحوال كلها عينية كانت أو شخصية (١) .

---

(١) هذا التقسيم اصطلاح قانونى غير موجود فى الفقه الإسلامى ، ولقد حدد قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ م الأمور التى تعتبر من الأحوال الشخصية ليتميز اختصاص القضاء الشرعى والأهلى حينذاك . فالمادة — ١٣ — منه تنص على أن الأحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطه ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة =

والقانون التجارى . بحث الفقهاء منه ما كانوا يحتاجون إليه فى زمنهم فى أبواب الشركات والمضاربة والتفليس ، ثم جعلوا العرف حكما فيما يجد فيها ، لأن التجارة حينذاك لم تكن تشعبت وتعقدت صورها كما هى عليه الآن ، بل كانت سهلة يسيرة .

وأخيراً نجد قانون المرافعات . وهو مجموعة القواعد التى تبين ما يجب اتخاذه من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون المدنى والتجارى ، فهو يتتبع الدعوى منذ رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها .

هذا القانون بحث الفقهاء أحكامه فى أبواب الدعوى والقضاء والشهادة ، بينوا فيها كيفية رفع الدعوى ، وما يجب إتخاذه من خطوات حتى تنتهى بالحكم فيها ، والدعوى الصحيحة التى تسمع ، وغير الصحيحة التى لا تسمع أمام القضاء .

وهكذا نجد الفقه الإسلامى يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية ، وما نراه من نقص فى تفصيل بعض فروع القانون يمكن تكميله على ضوء قواعده العامة ، وأصوله المرنة .

نشأة الشرائع

الشرائع سواء كانت سماوية أو وضعية لا توجد إلا حيث يوجد المجتمع البشرى ، لأن المجتمع يعيش بروابط بين أفراده ، وهذه الروابط تحتاج إلى قانون ينظمها ، فإذا لم يوجد المجتمع انعدمت الروابط ، فلا حاجة إلى القانون ، ولذلك اتفق العلماء على أن تاريخ الشرائع مصاحب لتاريخ العمر ان فى هذا

= والأقرار بالأبوة وانكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصايا والقيامة والحجر والأذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا . وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، ولما كان =

الوجود (١) ، لانه لا عمران إلا باجتماع ، ولا اجتماع إلا باتفاق على طريقة توزيع العيش ، ولا اتفاق إلا بقواعد تحدد حقوق كل فرد وواجباته ، وهذه القواعد لاتبقى صالحة إلا بوجود سلطة تقررها وتحافظ عليها .

حاجة الناس إلى التشريع

والإنسان فى حياته محتاج إلى التشريع ، لأنه خلق ومعه قوتان متنازعتان قوة الشهوة التى تدفعه إلى الشر ، فيتجاوز حدوده بانتهاك الحرمات ، والاعتداء على الغير ، وقوة العقل التى تدعوه إلى الخير ، فيسير فى الطريق المستقيم معتدلا فى كل شىء . والعقل وحده لايستطيع مقاومة الشهوة ، لأن الدنيا مليئة بالمغريات والملذات التى تثير فى النفس عوامل الشر ، فيندفع الإنسان إلى تحقيق رغباته التى لاتقف عند حد ، والتاريخ أصدق شاهد على ذلك ، فكم من حوادث وقعت أثارتها شهوة جامحة عجز العقل عن كبحها أعقبتها شرور وآثام ؟

ومن هنا كان لابد للعقل من معين يسانده حتى تتغلب قوة الخير ، أو على الأقل تتعادل القوتان ، ويصبح الإنسان — بحق — خليفة الله فى أرضه يقيم حدوده ، ويرعى محارمه ، هذا المعين هو القانون الذى يميز الخير من الشر ، ويبين لكل فرد ماله من الحقوق ، وماعليه من واجبات .

والقوانين الوضعية مهما ارتقت لاتحقق ذلك على أكمل وجه ، لانها نتاج الفكر الإنسانى ، والعقل البشرى الذى عجز أول الامر عن مقاومة الشر ، ولا أدل على هذا من كثرة التعديل والتغيير فيها لتلافى عيوبها ، وسد الثغرات التى تتكاثر فى بنائها كلما طال زمن تطبيقها .

= القانون المدنى الجديد قد اعتبر الهبة عقدا مدنياً خالصاً نصت المادة — ١٤ — من القانون السابق على أن « الهبة تعتبر من الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك .

(١) وسند الشرعيين فى ذلك ثبوت رسالة آدم عليه السلام . جاء فى تفسير القرطبى =

ويرجع ذلك إلى تفاوت العقول البشرية فى إدراكها للأمور ، واختلاف مقاييس الخير والشر فى نظرها ، وقصر إدراكها لحقائق الأشياء الغامضة ، وعدم استطاعتها كشف مايجىء به المستقبل من أحداث ، وعدم عصمتها من الاندفاع وراء الشهوات ، وأخيراً خلوها من عنصرى الدين والأخلاق الذين يرجع إليهما الفضل فى تهذيب النفوس : وبهما يعم التنظيم ظاهر الإنسان وباطنه .

ولهذا كله كان الإيمان بتلك القوانين ضعيفاً ، والخضوع لها منشؤه الخوف من الوقوع تحت طائلة العقاب ، فإذا أمن المرء جانبه لم يكن فى نفسه أثر لهيبة والاحترام ،ولم يكن من الرجوع إلى قانون آخر يملك على الناس مشاعرهم باطنهم وظاهرهم على حد سواء ، حتى يقع الامتثال له عن رضا ورغبة لا عن خوف ورهبة ، ولن يكون إلا من صنع خالق البشر العليم بأسرار النفوس وخفاياها ، وأسرار المستقبل وما يجىء به من أحداث ، وليس لدينا منه إلا الشريعة الإسلامية التى ختمت بها رسالات السماء ، جاءتنا بقواعد ومبادىء عامة ، وأسس سليمة صالحة للتطبيق حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

نشأة الشريعة الإسلامية

ظهرت هذه الشريعة أول ماظهرت فى شبه الجزيرة العربية ، ولمع أول شعاع من نورها فى أوائل القرن السابع بعد الميلاد سنة ٦١٠ م . ظهرت بنزول

ـــ ج ١ ـــ ص ٢٢٥ إن آدم عليه السلام أول رسول وهو خليفة الله فى إمضاء أحكامه وأوامره ، كما فى حديث أبى ذر قال : قلت يارسول الله أنبيا كان مرسلا ؟ قال « نعم » أرسل إلى ولده وكانوا أربعين ولداً فى عشرين بطناً فى كل بطن ذكر وأنثى ، وتوالدوا حتى كثروا ، كما قال الله تعالى « خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء » ونزل عليه تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير .

الوحى لأول مرة على محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه . ونمت فى هذه التربة ، واستقام عودها ، ومنها خرجت إلى البلدان الأخرى .

وإذا كان للبيئة تأثير كبير فى كل شيء ، فلا نستطيع فى دراستنا لتاريخ هذه الشريعة أن نلغى حالة العرب قبل الإسلام ، فنعرض بإيجاز لحالتهم العلمية والدينية والقانونية لنقف منها على البواعث الداعية لإنزال هذه الشريعة .

حالة العرب قبل الإسلام

كانت الأمة العربية — فى مجموعها — أمة أمية لا تعرف القراءة ولا الكتابة ولا علم الحساب ، يقول الله تعالى « هو الذى بعث فى الأميين رسولا منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفى ضلال مبين » (١) ويقول الرسول الكريم « بعثت إلى أمة أمية » وفى حديث آخر « نحن أمة أمية لا نحسب ولا نكتب ، الشهر هكذا وهكذا وهكذا » مشيراً بأصابعه ٢) .

وبعث الله فيهم رسولا منهم أميا كما أخبر بذلك القرآن فى الآية السابقة ، وفى آيات أخرى كقوله تعالى « الذين يتبعون الرسول النبى الأمى » (٣) وقوله « فآمنوا بالله ورسوله النبى الأمى » (٤) وقوله « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذاً لارتاب المبطلون » (٥) .

---

(١) الجمعة — ٢

(٢) فسر الأمية فى هذا الحديث بأنها لا تحسب ولا تكتب أى لا تعرف علم الحساب ولا الكتاب ، والأمى منسوب إلى الأم ، وهو الباقى على أصل ولادة أمه لم يتعلم كتابا ولا غيره ، فهو على أصل خلقته التى ولد عليها . راجع الموافقات ج ٢ ص ٦٩ وتفسير القرطبى ج ٧ ص ٢٩٨

(٣) ، (٤) الاعراف — ١٥٧ ، ١٥٨ (٥) العنكبوت — ٥٨ .

تعاونت هذه الأمية مع البداوة على إبعاد العرب حينذاك عن الحضارة والعلم ، فلم تكن لهم حضارة تقوم على أسس يعرفونها ، ولا علوم مدونة فى كتب يدرسونها، وليس معنى هذا أنهم تجردوا من كل فضل ، بل كان لهم نصيب من ذلك وإن اختلط فيه الطيب بالخبيث .

يقول الأستاذ أحمد أمين (١) : ولم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا أثارة من اليهودية والنصرانية، وقليل من الحكمة والفلسفة من طريق غير معبد ومع هذا فإنهم وإن لم يرثوا مدنية وعلماً عن أمم حكموهم ، وتعاقبوا عليهم فقد أورثهم استقلالهم أنفة وعزة واعتداداً بالنفس ، وحرية جاوزت الحد ، حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوكا أجمعين »

ويقول الشاطبي فى موافقاته (٢) « واعلم أن العرب كان لهم اعتناء بعلوم ذكرها الناس، وكان لعقلائهم اعتناء بمكارم الأخلاق ، واتصاف بمحاسن الشيم ، فصححت الشريعة منها ماهو صحيح ، وزادت عليه ، وأبطلت ماهو باطل ، وبينت منافع ماينفع ومضار مايضر منه » .

وهذه العلوم عرفوها بالتجربة مما يتلاءم مع حياتهم البدوية ، وقد كان منها الصحيح الذى جاء القرآن مقرراً له ، والفاسد الذى أبطله وشدد النكير على من أخذ به .

من ذلك علم النجوم وما يختص بها من الاهتداء فى البر والبحر واختلاف الأزمان باختلاف سيرها ، وقد أقره القرآن فى آيات كثيرة (٣) .

---

(١) فجر الاسلام ص ٢١١ .

(٢) ج ٢ ص ٧١٠

(٣) منها « وهو الذى جعل لكم النجوم لتهتدوا بها فى ظلمات البر والبحر » « وبالنجم هم يهتدون » « هو الذى جعل الشمس ضياءاً والقمر نوراً وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب » « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج»

ومنها علم الأنواء (١) يعرفون به أوقات نزول المطر ، وهبوب الرياح المثيرة لها وانشاء السحاب ، وكانوا يضيفون نزول الأمطار وهبوب الرياح والحر والبرد إلى الأنواء فأبطل القرآن ذلك و بين أن الله هو صاحب القدرة على هذه الأشياء ، ولادخل للكواكب فى شىء منها (٢) .

ومنها علم التاريخ وأخبار الأمم الماضية ، فأتاهم القرآن بأخبار الغيب التى لايعرفونها « تلك من أنباء الغيب نوحيها إليك ما كنت تعلمها أنت ولا قومك من قبل هذا » (٣) .

ومنها علم الشعر وروايته والتفنن فى فنون البلاغة ، والخوض فى وجوه الفصاحة ، والتصرف فى أساليب الكلام ، وكان هذا موضع فخرهم وهو أروج بضاعتهم ، فجاءهم بالقرآن متحدياً أياهم فعجزوا .

ومنها علم الطب : أخذوه من التجارب ، فأقر الإسلام صحيحه ، وأبطل فاسده كإبطاله التداوى بالخمر ، فالرسول يقول فى شأنها « إنها داء وليست دواء » وقال فى شأن الرقى « لا بأس بما ليس فيه شرك » ، وقال : إن الله تعالى أنزل

---

(١) الانواء جمع نوء وهو - كما يقول الزمخشرى فى أساس البلاغة - أن يسقط نجم مع طلوع الفجر ويطلع فى حياله نجم على رأس أربعة عشر منزلا من منازل القمر . فيسمى ذلك السقوط والطلوع نوءاً . وفى القاموس النوء النجم مال للغروب ، أو سقوط النجم فى المغرب مع الفجر وطلوع آخر يقابله فى ساعته فى المشرق

(٢) قال تعالى « والله الذى أرسل الرياح فتثير سحابا فسقناه إلى بلد ميت فأحيينا به الأرض بعد موتها » « وأرسلنا الرياح لواقح » « وينشىء السحاب الثقال » وفى الحديث القدسى « أصبح من عبادى مؤمن بى وكافر فأما من قال: مطرنا بفضل الله ورحمته فذلك مؤمن بى كافر بالكواكب ، ومن قال مطرنا بنوء كذا وكذا فذلك كافر بى مؤمن بالكواكب »

(٣) هود - ٤٨

الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولاتداووا بحرام » أخرجه أبوداود .

ومنها ماكان وسيلة إلى معرفة الغيب وما يقع فى المستقبل كعلم العيافة (١) أو الزجر والطيرة والاستقسام بالأزلام والكهانة وخط الرمل ، وهى وسائل اخترعوها بعد أن كان طريق المعرفة عندهم الرؤيا وبشارات الأنبياء من قبلهم فلما جاء القرآن أبطل ذلك لأنه تخرص على الغيب من غير دليل ، وبين لهم الطريق السليم لمعرفة الغيب وأنه لايكون إلا بالوحى « عالم الغيب فلايظهر على غيبه أحداً إلا من ارتضى من رسول (٢) » « ولوكنت أعلم الغيب لاستكثرت من الخير وما مسنى السوء » (٣) « فلما خر تبينت الجن أن لو كانوا يعلمون الغيب مالبثوا فى العذاب المهين » (٤)

ولما انقطع الوحى لم يبق إلا الرؤيا الصادقة ، وهى جزء من النبوة والإلهام والفراسة وهما للخاصة فقط (٥) .

---

(١) العيافة هى زجر الطير ، وأصله أن يرمى الطائر بحصاة أو يصيح به فان ولاه فى طيرانه ميامنه تفاءل به ، وإن ولاه مياسره تطيرمنه أى تشاءم . الطيرة بوزن العنبة مايتشاءم به من الفأل الردىء ، وفى الحديث « إنه كان يحب الفأل الحسن ويكره الطيرة » الأزلام جمع زلم وهى أقداح ثلاثة مكتوب على أحدها « أمرنى ربى » وعلى الثانى « نهانى ربى » والثالث غفل لاشىء عليه . وكانوا يضربون هذه القداح عندما يريدون أمراً من الامور ، فان خرج الاول مضوا فيه ، وإن خرج الثانى تجنبوا هذا الامر ، وإن خرج الثالث الغفل ضربوها مرة أخرى إلى أن يخرج الآمر أوالناهى . والاستقسام طلب الانسان ماقسم له من جهتها ، راجع أساس البلاغة ؛ ومختار الصحاح والقاموس ، والتاريخ الاسلامى للشيخ الخضرى .

(٢) الجن — ٢٦ (٣) الأعراف — ١٨٨

(٤) سبأ — ١٤ (٥) راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ ومابعدها والموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٧١ ومابعدها .

ومن ذلك ما كان عندهم من الإلمام ببعض الضوابط الفقهية التى يفصلون بها خصوماتهم ، كقولهم فى القصاص : القتل أنفى للقتل ، والدية على العاقلة ، ونظام القسامة (١) غير أن تطبيق هذه المبادئ كان يلتوى حيناً ، ويلغى حيناً آخر ، فيندفع أولياء القتيل فى طريق معوج وهو الأخذ بالثأر الذى لا يقف عند حد ويرجع ذلك إلى أنهم لم يكن عندهم سلطة عليا تشرف على التنفيذ ، وأن القضاء لم يكن ملزماً .

ولما جاء الإسلام أقر تلك المبادئ بعد أن هذبها ، وجعل القضاء بها ملزماً واجب التنفيذ ، وسوى بين الناس لا فرق بين رئيس ومرءوس ، ولا بين غنى وفقير ، ولا بين صغير وكبير ، ولا بين رجل وامرأة ،

وقد كانت لهم مع تلك العلوم معاملات مالية وغير مالية تعاملوا بها بحكم الحاجة إليها ساروا فيها على ضوء ما بقى عندهم من شريعة إبراهيم وولده إسماعيل عليهما السلام ، وما نقل إليهم من الشريعة الموسوية التى دخلت بلادهم مع جماعة من اليهود (١) الذين رحلوا إليها من الشام من كثرة الاضطهاد وما عرفوه من أنظمة الدول المجاورة كالفرس .

---

(١) وهى أنه إذا وجد قتيل فى محلة ولم يعرف قاتله جاء أهل القتيل واختاروا خمسين رجلا من أهل تلك المحلة يحلفون اليمين أنهم ما قتلوه ولا يعرفون له قاتلا ، فإن فعلوا حكموا بالدية على جميع أهل المحلة لأولياء القتيل .

(٢) دخل اليهود شبه الجزيرة العربية طلباً للرزق قبل ميلاد المسيح . وفراراً من اضطهاد أباطرة الرومان مرة أخرى بعد ظهور المسيحية ، وكان منهم المتعصب لدينه ومنهم الباحث عن المال وكسبه من أى طريق اتفق له ، فزرعوا وتاجروا وصنعوا السيوف والدروع وباعوها لقبائل العرب ليتقاتلوا بها ، وتعاملوا بالربا فأخذه العرب عنهم ؛ وتكونت لهم دولة فى اليمن اضطهد ملوكها المسيحيين وقتلوهم حتى جاء النجاشى ملك الحبشة المسيحى وانتقم للمسيحيين فأزال دولتهم إلى غير رجعة (راجع التاريخ الإسلامى للشيخ الخضرى وحياة محمد للدكتور هيكل)

والروم بواسطة الاتصال الذى كان يتم عن طريق التجارة والرحلات .

وقد دخل هذه المعاملات مفاسد كثيرة حتى كاد يضيع أساسها السليم ، فترى بجانب البيع عن تراض من المتبايعين البيع بإلقاء الحصاة وبيع الملامسة والمنابذة وبيوع الغرر والربا .

كما تجد بجانب النكاح الصحيح وهو مايكون بخطبة ومهر وعقد أمام شهود أنواعاً أخرى تمجها النفوس . وتأنف منها الطباع السليمة ، كزواج الأخدان . وهو أن يشترك جمع من الرجال فى الزواج بامرأة واحدة . وقد حرمه الإسلام ، ومثله فى ذلك زواج المقت ، وهو أن يرث الابن الأكبر زوجة أبيه بعد موته فيتزوجها شاءت أم أبت وغيرهما (١) .

حتى إن الزواج الصحيح عندهم ما كان يسير فى طريق مستقيم لما أدخلوه عليه من مفاسدهم ، فتعدد الزوجات الذى لا يقف عند حد ، ونظام الطلاق الذى لاينتهى عند عد ، فرجل يتزوج ماشاء من النساء وآخر يطلق امرأته ثم يعيدها . يفعل ذلك المرة بعد المرة دون حساب أو رقيب .

روى الترمذى بسنده عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ماشاء أن يطلقها وهى امرأته إذا ارتجعها وهى فى العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر ، حتى قال رجل لامرأته : والله لاأطلقك فتبينى منى ولا آويك أبداً ، قالت وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضى راجعتك ، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فسكت النبى حتى نزل القرآن « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » الآية (٢) .

---

(١) راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢١٤ .

وهكذا فى بقية ماتعاملوا به من إجارة وشركات ومضاربة ورهن وغيرها .

وأما تدينهم فقد كانت لهم عبادات من صوم وحج وصلاة ، فصاموا يوم عاشوراء ، وطافوا حول الكعبة وعظموها ، وصلوا ودعوا حول البيت ولكن ذلك كان هزراً كما جاء فى القرآن « وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية فذوقوا العذاب بما كنتم تكفرون » [1] .

عبدوا الأصنام[2] والأوثان ، وقربوا لها القرابين ، لاعتقادهم أنها تقربهم الى الله كما جاء فى القرآن على لسانهم « مانعبدهم إلا لقربونا إلى الله زلفى » [3].

من هذا نرى أن العرب كان لهم دين لكنه لهو وشرك ، ولهم قانون ولكنه فى نطاق ضيق ، غير أنه لم تكن هناك سلطة عليا تشرف على تنظيمه وتطبيقه فالعربى مركوز فى طبيعته حب السلطن والرياسة ، وقلما يخضع لسلطان غيره إلا تحت تأثير القوة القاهرة ، أو الوازع الدينى ، ولو كان ذلك الغير أباه ، أو أخاه ، أو أقرب الناس إليه .

وفى الحق أن هذا النظام لم يكن سائداً بين جميع العرب ، وكيف يسود وهم

---

(١) الأنفال — ٣٥ .

(٢) قيل الصنم معرب شمن وهو الوثن فهما واحد ، والمراد بهما ماعبده العرب من دون الله مما اتخذوه من الأحجار أو الأخشاب أو المعادن .

وقيل بالفرق بينهما ، فالصنم ماكان على شكل الإنسان من معدن أو خشب ، والوثن ماكان على شكله من حجر . القاموس وأساس البلاغة ، المختار . وحياة محمد للدكتور هيكل .

وأول من أدخل عبادة الأوثان فى العرب قيل هو عمرو بن لحى قبل بعثة الرسول بما يقرب من ثلاثمائة سنة كما أدخل كثيراً من المفاسد كتسييب السوائب وبحر البحائر . راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها .

(٣) الزمر - ٢ .

قبائل عديدة متباينة التقاليد والعادات ، والوطنية عندهم وطنية قبلية لا وطنية شعبية ؟

والتاريخ يحدثنا بالشيء الكثير عما كانوا عليه من الفوضى والاضطراب وماقبح من العادات .

فمن عاداتهم القبيحة التى أبطلها الإسلام . نكاح الشغار ، وهو أن يتفق شخصان على أن يزوج كل منهما قريبته للآخر ، فتعتبر المرأة مهراً للأخرى ، حتى إذا ماتت إحدى الزوجتين يسترد زوجها قريبته من الآخر حتى يزوجه امرأة أخرى بدلا منها ! !

هذا العمل ألغاه الإسلام ، وجعل للمرأة حرية اختيار الزوج ، وجعل لها مهراً لازماً ، ومثله فى ذلك نكاح الأخدان ونكاح المقت وقد سبقت الإشارة إليهما .

ومنها . أن المدين إذا عجز عن أداء ماعليه كان للدائن أن يسترقه فى نظير دينه ، فجاء الإسلام وحرم ذلك فقال « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون » (١) بل زاد فى ذلك فجعل الأداء على بيت المال عند الإعسار ، وجعل الغارمين صنفاً ممن يعطى لهم الصدقات « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين » (٢)

وتلك حروبهم التى قامت لسبب تافه ، أو لغير سبب ، فمن أجل سبة لجارية ، أو لطمة لغلام تدور رحى الحرب ، وتدوم السنين الطوال حتى يعم الخراب والدمار ، فتتأيم النساء ، وتيتم الأطفال وتنتهك الأعراض ، ويبيت كل واحد منهم غير آمن على نفسه وماله ، (٣) وإذا دعا داع للحرب لبوا الدعوة من غير سؤال عن السبب ، حتى قيل فى وصفهم :

(١) البقرة — ٢٨٠ . (٢) التوبة — ٦٠ .

(٣) كحرب البسوس التى قامت بين بكر وتغلب ومكثت أربعين عاما كان سببها =

لايسألون أخاهم حين يندبهم ... في النائبات على ماقال برهانا

ولقد كان من مبادئهم (١) « أنصر أخاك ظالما أو مظلوماً » وفى هذا يقول شاعرهم :

إذا أنا لم أنصر أخي وهو ظالم ... على القوم لم أنصر أخى وهو يظلم

وبالجملة فقد كانت النفوس والأموال والأعراض لاحرمة لها عندهم إلا فى القليل النادر .. يقول ابن خلدون فى مقدمة تاريخه(٢) كلاماً كثيراً نقتطف منه العبارة الآتية :

ليس عندهم فى أخذ الأموال حد ينتهون إليه ، وليس لهم عناية بالأحكام وزجر الناس عن المفاسد إنما همهم مايأخذونه من أموال نهباً أو مغرماً ، فإذا توصلوا إلى ذلك أعرضوا عما بعده من تسديد أحوالهم ، والنظر فى مصالحهم، وهم متنافسون فى الرياسة ، وقل أن يسلم واحد منهم الأمر لغيره ، ولو كان أباه أو أخاه أو كبير عشيرته إلا فى الأقل النادر ، فتتعدد الحكام منهم والأمراء وتختلف الأيدى على الرعية فى الجباية والأحكام ، فيفسد العمران وينتقض .

=أن رمى أحدهم ضرع ناقة للفريق الآخر . وكانت ـ كما وصفها الواصفون ـ قد فنى الحيان وثكلت الأمهات وتيتم الأطفال . دموع لا ترقأ وأجساد لا تدفن إلخ

وحرب داحس ، والغبراء التى أحدثت اضطراباً واسعاً وقتل بسببها الألوف من البشر كانت من أجل السباق .

ولا تنس ما كان بين الأوس والخزرج من حروب طويلة مفنية قضى عليها الإسلام

(١) وأول من قالها جندب بن العنبر بن عمرو بن تيم وكانوا يريدون بها ظاهرها الذى يتفق وحمية الجاهلية. فلما جاء الإسلام فسرها النبي صلى الله عليه وسلم بما يتفق ومبادىء الإسلام فشرح نصرة الظالم برده عن ظلمه .

(٢) ص — ١٢٦ .

ويقول الأستاذ الإمام محمد عبده في رسالة التوحيد (١) بعد أن وصف الفساد الذى ساد كل الأمم قبيل بعثة النبي صلى الله عليه وسلم « وكانت الأمة العربية قبائل متخالفة فى النزعات خاضعة للشهوات ، فخر كل قبيلة فى قتال أختها وسفك دماء أبطالها ، وسبي نسائها ، وسلب أموالها ، تسوقها المطامع إلى المعامع ويزين لها السيئات فساد الاعتقادات ، وقد بلغ العرب من سخافة العقل حداً صنعوا فيه أصنامهم من الحلوى ثم عبدوها ، فلما جاعوا أكلوها ، وبلغوا من تضعضع الأخلاق وهنا قتلوا فيه بناتهم تخلصاً من عار حياتهن ، أو تنصلا من نفقات معيشتهن ، وبلغ الفحش منهم مبلغاً لم يعد معه للعفاف قيمة ، وبالجملة فكانت ربط النظام الاجتماعى قد تراخت عقدها فى كل أمة ، وانفصمت عراها عند كل طائفة » .

وهذه الحالة — كما ترى — تحتاج إلى علاج حاسم ، ولا علاج إلا بقانون عام ينظم أحوالهم ، ويقضى على الفساد فيهم ؛ ولا ينفع القانون إلا بوجود سلطة عادلة تشرف على تنفيذه كما قيل .

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

هذا عرض سريع لحالة العرب قبل الإسلام ومنه نرى أنهم كانوا فى حالة لا يحسدون عليها . فوضى فى الدين ، واضطراب فى النظام ، الأمر الذى جعل بعض حكمائهم ينعون عليهم ما هم فيه ، ويسفهون أحلامهم كورقة بن نوفل الاسدى ، وزيد بن عمرو بن نفيل العدوى (٢)

---

(١) ص ١٤٨ الطبعة الخامسة .

(٢) لقد أنكر زيد هذا عليهم شركهم وعبادتهم الاصنام واعترف بوحدانيه الإله هداه إليها تفكيره وفى هذا يقول :

أرب واحد أم ألف رب أدين إذا تقسمت الأمور
تركت اللات والعزى جميعاً كذلك يفعل الرجل البصير

أدين : أنقاد وزيد هذا هو عم عمر بن الخطاب لأمه وابن عمه لأبيه ، وذلك أن جده نفيل =

وفى وسط هـذا المجتمع الزاخر بالمـآسى بعث الله محمد بن عبد الله ليخرج الناس من الظلمات إلى النور ، بعدأن اختاره من أشرف قبائل العرب وأكرمها وتولاه منذ الطفولة بعنايته ، ولذلك كان مضرب الامثال فيهم فى حسن الخلق حتى لقبوه بالامين .

ولما جاوز الأربعين من عمره جاءه وحى السماء فى ١٧ رمضان ، ثم انقطع فـترة ، ثم جاءه مرة أخرى ، واستمر على ذلك مايقرب من ثلاث وعشرين سنة ، شرع لهم فى هذه الفترة ماأصلح به عقائدهم ، وهذب أخلاقهم ، ونظم الروابط بينهم ، وسن لهم من القوانين ماسمى فيما بعد بالفقه الإسلامى .

أدوار الفقه الإسلامى

ومن هنا بدأت حياة هذا الفقه الخالد ، ثم سار مع الزمن حتى وصل إلى وضعه الأخير ، ولـكنه لم يسر سيرة واحدة ، بل مر بأدوار مختلفة ، وأثرت فيه عوامل عديدة ، وتنوعت مصادره تبعاً لاختلاف أطوار حياته ، ولذلك قسم المؤرخون حياته إلى أدوار . اختلفوا فى عدها تبعاً لاختلاف وجهات النظر . فهذا يقسمها إلى أربعة أدوار ، وذاك يقسمها إلى خمسة ، وثالث يقسمها إلى ستة ، ورابع يقسمها إلى سبعة أدوار .

والواقع أنه لا توجد فواصل زمنية محددة لهـذه الأدوار . لأن الفقه لم ينتقل من دور إلى آخر دفعة واحدة ، بل وجد بين بعض أدواره تشابه كبير.

ابن عبد العزى خلف الخطاب والد عمر من امرأة، وعمرا والد زيد من امرأة اخرى فلما مات نفيل خلفه عمرو على امرأته الأخرى أم الخطاب فولدت له زيدا فكان زيد أخا الخطاب لأمه وابن أخيه لأبيه ، وعم عمر لأمه وابن عمه لأبيه .

(١) ص ١٢٦

وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن أدواره الرئيسية ثلاثة يتبعها دور أخير . هو دور النهضة الفقهية الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس . وكان فى عصر النبوة . حيث وضعت أصوله العامة وقواعده الكلية ، ولم يبق إلا تطبيقها .

الدور الثانى : دور البناء والكمال . ويشمل عصور الاجتهاد . ويبدأ بعد وفاة الرسول مباشرة فى سنة ١١ ﻫ . وينتهى فى منتصف القرن الرابع الهجرى تقريباً عندما قيل : إن باب الاجتهاد قد أغلق . وادعى الإجماع على ذلك .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم . ويبدأ حيث انتهى الدور السابق ويشمل عصور التقليد كلها .

الدور الأخير : دو النهضة الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس

ومدته ثلاث وعشرون سنة تقريباً . وهى من الناحية التشريعية تنقسم إلى قسمين قسم ماقبل الهجرة إلى المدينة ، ومدته مايقرب من ثلاث عشرة سنة ، أوعلى وجه التحديد اثنتا عشرة سنة وخمسة أشهر وواحد وعشرون يوماً(١)

وقسم مابعد الهجرة : ومدته تزيد على عشر سنوات ؛ ولهذا انقسم القرآن تبعاً لذلك إلى قسمين : مكى . وهو مانزل قبل الهجرة . ومدنى : وهو مانزل بعدها على أصح الأقوال .

وفى القسم الأول من هذا الدور عنى الوحى أولا بإصلاح العقيدة . وتخليصها من شوائب الوثنية . وتهذيب النفوس بتجريدها من رذائل الصفات،

(١) محاضرات الشيخ الخضرى فى التاريخ الإسلامى .

حتى تجتمع القلوب على توحيد الله ، وتسمو النفوس ، وتترفع عن سفاسف الأمور .

ولذلك نرى معظم مانزل من القرآن فى هذه الفترة كان خاصاً بهذين الأمرين لأن العقيدة وما يتعلق بها هى الأساس الأول فى بناء الدولة الجديدة ومما لاريب فيه أن علاجه لهذه الحالة كان شافياً ، ومسلكه فيه كان حكيما .

دعاهم إلى استعمال عقولهم . والتأمل فى ملكوت السموات والأرض وما فيهن ليهتدوا إلى وجه الحق . وأنكر عليهم إهدار عقولهم بعبارات منوعة « أفلا تعقلون » « أفلا تتفكرون » . « أفلا تبصرون » . ويندد بهم فى تقليدهم الآباء والأجداد . فيرد عليهم ذلك التقليد بقوله « أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون » لما قالوا « بل نتبع ماألفينا عليه آباءنا » (١) .

ولفت نظرهم إلى مافى الكون من آيات « إن الله فالق الحب والنوى يخرج الحى من الميت ومخرج الميت من الحى ذلكم الله فأنى تؤفكون . فالق الإصباح وجعل الليل سكنا والشمس والقمر حسبانا ذلك تقدير العزيز العليم » (٢) .

« ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة فى قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين » (٣) .

« الله الذى خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفاً وشيبة يخلق مايشاء وهو العليم القدير » (٤) .

« وفى أنفسكم أفلا تبصرون » (٥) .

---

(١) البقرة : ١٧٠ (٢) الأنعام : ٩٥ ، ٩٦

(٣) المؤمنون : ١٢ ، ١٣ ، ١٤ . (٤) الروم : ٥٥ . (٥) الذاريات : ٢١ .

« أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت . وإلى السماء كيف رفعت ، وإلى الجبال كيف نصبت . وإلى الأرض كيف سطحت . فذكر إنما أنت مذكر » (١) .

« أفلم ينظروا إلى السماء فوقهم كيف بنيناها وزيناها ومالها من فروج . والأرض مددناها وألقينا فيها رواسى وأنبتنا فيها من كل زوج بهيج . تبصرة وذكرى لكل عبد منيب (٢) .

ثم دعاهم إلى عبادة الله وحده « قل ياأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لانعبد إلا الله ولانشرك به شيئاً ولايتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون » (٣) .

وبين لهم أن تعدد الآلهة مفسد للكون ونظامه « لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا فسبحان الله رب العرش عما يصفون » (٤) .

كما طلب منهم الإيمان بالرسل السابقين وما أنزل إليهم « قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلى إبراهيم واسماعيل وإسحق ويعقوب والاسباط . وما أوتى موسى وعيسى وماأوتى النبيون من ربهم لانفرق بين أحد منهم . ونحن له مسلمون » (٥) .

« آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله لانفرق بين أحد من رسله » (٦) .

ثم أزال الفوارق بين الناس ، وقضى على العصبيات « يا أيها الناس إنا

---

(١) الغاشية : من ١٦ ، ٢٠ (٢) ق ٦ ، ٧
(٣) آل عمران : ٦٤ . (٤) الأنبياء : ٢٢ .
(٥) البقرة : ١٣٦ . (٦) البقرة : ٢٨٥

خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » (١) .

وضرب لهم الامثال (٢) « واضرب لهم مثل الحياة الدنيا كماء أنزلناه من السماء فاختلط به نبات الأرض فأصبح هشيما تذروه الرياح وكان الله على كل شيء مقتدراً » (٣) « اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو وزينة وتفاخر بينكم وتكاثر فى الاموال والاولاد كمثل غيث أعجب الكفار نباته ثم يهيج فتراه مصفراً ثم يكون حطاما وفى الآخرة عذاب شديد ومغفرة من الله ورضوان وما الحياة الدنيا إلا متاع الغرور » (٤) .

« إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون » (٥) ثم يبين الحكمة فى ضرب الأمثال فى قوله « ولقد ضربنا للناس فى هذا القرآن من كل مثل لعلهم يتذكرون » (٦) .

وقص عليهم قصص السابقين ومانزل بهم من عذاب نتيجة عنادهم ، وكفرهم برسلهم ، وأثبت لهم اليوم الآخر ومافيه من جنة يثاب فيها المتقون ، ونار يعاقب فيها الجاحدون .

وحضهم على التخلق بالخلق الكريم الذى هو من لوازم العقيدة الصحيحة،

---

(١) الحجرات : ١٣

(٢) عنى القرآن المنزل بمكة بهذه الامور عناية كبيرة ولم يتجاوزها إلى التشريع العملى إلا نادرا ، والقرآن المنزل بالمدينة لم يترك هذه الامور ، بل كان ينزل بها مع التشريع العملى للتذكير ، من أجل ذلك كانت معظم الآيات التى سقناها هنا مكية وبعضها مدنى نزل بالمدينة .

(٣) الكهف : ٤٥ (٤) الحديد : ٢٠

(٥) آل عمران : ٥٩ . (٦) الزمر : ٢٧ .

والإنسانية المهذبة ، وتفرهم من الأخلاق المرذولة مبينا مايلحق صاحبها من السوء فى الاولى والآخرة فى آيات عديدة :

« وعباد الرحمن الذين يمشون على الارض هوناً وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما » (١) .

« يا أيها الذين آمنوا إذا قيل لكم تفسحوا فى المجالس فافسحوا يفسح الله لكم » (٢) .

« وأفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » (٣) .

« فمن نكث فإنما ينكث على نفسه ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجراً عظيما » (٤) .

« وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين »(٥).

« وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها » (٦) .

« قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى » ٧) .

« يا أيها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم . ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالالقاب » (٨) .

« ولاتجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً » (٩)

« ولاتجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولاتبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسوراً » (١٠) .

---

(١) الفرقان : ٦٢ (٢) المجادلة : ١١ (٣) الأسراء : ٣٤

(٤) الفتح : : ١٠ (٥) النحل : ١٢٧ (٦) النساء : ٨٦

(٧) البقرة ٢٦٣ (٨و٩) الحجرات : ١١ ، ١٢ (١٠) الاسراء : ٢٩

« ومن يتوكل على الله فهو حسبه » (١) .

ولم يعرض فى هذه الفترة لشىء من التشريعات العمليه إلا لمـاله ارتباط خاص بالعقيدة . كتحريم مالم يذكر اسم الله عليه من الذبائح « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق » (٢) أوكان عبادة عملية تربطهم بالله ، وتوجههم إلى الخير . كالصلاة « وأقم الصلاة إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر (٣) .

حتى أنه بصدد إيذاء الأعداء لم يأمرهم بمقاتلتهم ، بل أمرهم بالعفو والصفح الجميل ، والصبر على الأذى ، ولم يأذن لهم بالقتال إلا فى أواخر أيامهم بمكة ، والسبب فى ذلك أنهم كانوا قلة مستضعفين ، ولم تتكون لهم وحدة اجتماعية مستقلة بعد ، حتى يشرع لها من النظم والقوانين ماتسير عليه ، وتحكم به ، أو يكلفهم بالقتال .

وفى الفترة الثانية

وهى مابعد الهجرة بدأت تتكون نواة الدولة الإسلامية ، وأصبح لها كيان دولى ، وحينئذ مست الحاجة إلى التشريع العملى على أتم صوره ، فاتجه الوحى إلى تنظيم الدولة داخلياً وخارجياً ، فشرع لهم الأحكام التى تتناول شئونهم كلها سواء منها مايتعلق بحياة الفرد ، أو الجماعة ، أو بعلاقة الدولة بغيرها ، فشرع العبادات والجهاد ، ووضع الحدود والعقوبات للجنايات المختلفة ، كما وضع للقضاء نظاماً ، وللأسرة نظاماً كاملا . فنظم الزواج ، ومايتعلق به من نفقات وثبوت نسب للأولاد ، ورسم طريق فصم عقدة الزواج إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة بحيث لايلحق أحد الطرفين ضرر ولا عنت ، فشرع الطلاق وحدد مراته بالثلاث ، كما شرع العدة حتى لا تختلط الأنساب ، ووضع نظام

---

(١) الطلاق : ٣ (٢) الأنعام : ١٢١ (٣) العنكبوت : ٤٥ .

المواريث . فجعل لكل قريب نصيباً حسب درجته من المورث بعد أن كانت المواريث عندهم إغداقاً على البعض ، وحيفاً على البعض ، وحرماناً للآخرين(١)

ووضع نظام الحرب والسلم ليحفظ للدولة الإسلامية هيبتها وكرامتها من غير بغي ولا عدوان على أعدائها ، فجعل القتال والقتل ضرورة ، والسلم والمسالمة هى الأساس فيقول جل شأنه « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » (٢) .

---

(١) كان الإرث فى الجاهلية يثبت بالقرابة والتبنى ، والحلف والمعاهدة .

أما القرابة فما كانوا يورثون بها إلا الرجال المحاربين الذين يحمون الذمار ويحوزون الغنيمة ويحرمون منه النساء والأطفال .

فجاء الإسلام وجعل لكل نصيباً « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » .

أما التبنى فقد كان الرجل يدعى نسب ابن غيره فينسب إليه حتى ولو كان معلوم النسب ومتى تم ذلك أصبح هذا المدعى ولداً للمدعِى يرثه كابنه الحقيقى سواء بسواء بل كان يأخذ كل ماله إذا لم يكن له ولد ذكر بلغ مبلغ الرجال .

وهذا أبطله الإسلام فبطل كونه سبباً للإرث « أدعوهم لآبائهم » أما الحلف والمعاهدة فقد كان الرجل إذا قال لغيره « دمى دمك وهدمى هدمك وترثنى وأرثك وتطلب بى وأطلب بك » وقبله الآخر صار ذلك عقداً وحلفاً موجباً للارث بين الرجلين . وقد أقره الإسلام أول الأمر بقوله «والذين عقدت أيمانكم فآتوهن نصيبهم» ثم نسخ ذلك عند بعض العلماء بنزول قوله تعالى: « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض» وذهب آخرون إلى أن الإرث بالحلف لم ينسخ إلا فى حالة وجود القريب إعمالا للآيتين ، فإن قوله تعالى « فآتوهم نصيبهم » تنصيص على أن بالحلف يستحق النصيب من الميراث مع وجود القريب ، فلما نزل قوله « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » نسخ ميراث الحليف مع وجود القريب فقط وبقى الإرث فى غير هذه الحالة . راجع أصول السرخسى ج ٢ ص ٨٥ .

(٢) الأنفال : ٦١

ويقول : « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لايحب المعتدين واقتلوهم حيث ثقفتموهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين فإن انتهوا فإن الله غفور رحيم وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين(١) .

ويقول : « إن شر الدواب عند الله الذين كفروا فهم لا يؤمنون الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم فى كل مرة وهم لايتقون. فإما تثقفنهم فى الحرب فشرد بهم من خلفهم لعلهم يذكرون : وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لايحب الخائنين » (٢).

وبالجملة لم يترك ناحية من نواحى الحياة إلا نظمها تنظيما دقيقاً محكماً ، ولا يفهم من هذا أن كل ما جاء به الرسول من تشريعات كان جديداً ، بل منه ما كان جديداً ، ومنه ما كان معمولا به قبله ، ولكنه أدخل عليه من التعديل مايجعله صالحاً للعمل به .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إن الإسلام لم يهدم كل ما وجد عليه أهل الجاهلية ، بل نراه هدم الفاسد من كل وجه ، فحرم الربا لأنه أكل أموال الناس بالباطل ، والزنى لأنه انتهاك الأعراض ، وخلط للإنساب ، وحرم الخمر لأنها مفسدة للعقول التى هى من أجل النعم ، وهذب ما احتاج إلى التهذيب. كالبيع حيث جعله مبنياً على التراضى « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٣) ، والسلم وهو بيع الإنسان شيئاً ليس عنده بثمن عاجل فقال : « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

(١) البقرة : ١٩٠ — ١٩٣ . (٢) الأنفال : ٥٥ — ٥٨ (٣) النساء : ٢٩

وألغى بيوع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحصاة ، ونظم الزواج ، فأقر منه النوع المعروف وهو ما يكون فيه خطبة ومهر وشهود ، وألغى منه ما كان زنى أو قريباً منه ، وأقر أصل الطلاق ، وحدد مراته بالثلاث بعد أن كان عندهم لا يقف عند عدد معين ، وبعد هذا التهذيب والتنظيم يكون تشريعاً إسلامياً لا جاهلياً كما كان .

والسبب فى ذلك أن الإسلام لم يأت ليهدم ما كان عليه الناس من مدنية وأخلاق وعادات ليؤسس على أنقاضها مدنية جديدة وعادات وأخلاقا أخرى وإنما كان ينظر إلى الأشياء من جهة ما فيها من مصلحة أو مفسدة ، ويعطيها الحكم تبعاً لذلك .

فهو إذاً جاء للبناء لا الهدم ، لأن غرضه الإصلاح لا الحكم والسلطان ، وهى خاصة لازمته عندما اجتاز حدود شبة الجزيرة العربية بعد وفاة الرسول الكريم ، فإن المسلمين لم يبطلوا كل ما تعوده الناس من عادات ، بل كانوا يقرون الصالح ، ويلغون الفاسد .

طريقة التشريع فى هذا الدور

جاء التشريع الإسلامى ليعالج ما كان عليه الناس من مفاسد اعتقادية وخلقية وعملية ، وليضع لهم دستوراً محكماً يسيرون عليه فى كل شىء ، فبدأ بإصلاح العقيدة وتهذيب الأخلاق ! ولما تم له ذلك . وتخلصت النفوس من رواسب الوثنية ، وتحلت بجميع الصفات الإنسانية اتجه إلى إصلاح الحياة العملية وتنظيمها ، وكان فى ذلك واقعياً يسير مع الحوادث متجنباً سبيل الفرض والتقدير ، فرض الحوادث بعد تخيلها وتقدير أحكام لها .

فكلما وقعت حادثة تتطلب حكماً لجأ الصحابة إلى رسول الله — باعتباره المرجع الوحيد لهم — يسألونه البيان ، فإذا لم يكن عنده حكمها تطلع إلى السماء

فيأتيه الوحى تارة بآية أو آيات من القرآن فيها جواب ما سألوا (١) ، أو به وبأحكام أخرى ، وطوراً ينزل بغير قرآن يبين الجواب ويترك له التعبير عنه ، وهو ما عرف بالسنة ، وآناً يتأخر الوحى فلا ينزل بهذا ولا بذاك ، وهنا يدرك الرسول أن الله وكل إليه بيان الحكم باجتهاده ، فيجتهد على ضوء ما نزل عليه من أحكام ، وما ألهمه الله من سر التشريع ، مرة وحده ، وأخرى مع مشاورة أصحابه ، فإذا أصاب الاجتهاد وجه الحق أقره الله عليه ، وإن جانبه الصواب نبهه إلى ما وقع فيه من خطأ ، وقد ينزل عليه الوحى معاتباً إياه على تسرعه فى الاجتهاد كما حدث بعد اجتهاده فى أسارى بدر ، وإذنه للمتخلفين فى غزوة تبوك .

ومن هنا كان من خصائصه أنه جاء متدرجاً مع الزمن والأحوال ، فلم ينزل دفعة واحدة كغيره من التشريعات السماوية السابقة ، ولم يصدر فى وقت واحد كما هو متبع فى التشريعات الوضعية .

ولا أدل على ذلك بما ورد فى أسباب نزول آيات الأحكام ، ومجىء طائفة من الآيات جواباً لسؤال . أو رداً على استفتاء .

من ذلك قوله تعالى « يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير

(١) من ذلك مارواه أصحاب السنن عن جابر بن عبد الله قال : جاءت امرأة سعد ابن الربيع إلى رسول الله بابنتيها من سعد ، فقالت : يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد شهيداً ، وأن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً ، ولا ينكحان إلا بمال ، فقال : « يقضى الله فى ذلك » فنزلت آية الميراث ، فأرسل رسول الله إلى عمهما فقال : « اعط ابنتى سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقى فهو لك » ومعنى « لاينكحان إلا بمال : أن الأزواج لايرغبون فى نكاحهما إلا إذا كان عندهما مال على عادة أهل الجاهلية ، والمراد بآية الميراث قوله تعالى : يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » . . الآيات . راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٨ .

فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل وما تنفقوا من خير فإن الله به عليم » (١) .

« يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل » (٢) .

« يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ، ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو . كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تتفكرون . فى الدنيا والآخرة . ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم . . . وبعد آية يقول « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن » (٣) .

« يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات » (٤) .

« يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول » (٥) .

« يستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن » (٦) .

« يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة » (٧).

ومثل القرآن فى ذلك السنة ، فقد جاء كثير من الأحاديث جواباً لسؤال، أو قضاء فى خصومة سأل بعض الصحابة رسول الله فقالوا يارسول الله : إنا نركب البحر الملح وليس معنا من الماء العذب مايكفى الوضوء . أفنتوضأ بماء البحر فقال الرسول هو الطهور ماؤه الحل ميته » (٨) .

---

(١) سورة البقرة آية ٢١٥ (٢، ٣) ، سورة البقرة آيات ، ٢١٧ ، ٢١٩ ومابعدها . (٤) المائدة – ٣ (٥) الأنفال – ١ (٦، ٧) سورة النساء آيتى ١٢٧ ، ١٧٦ (٨) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ١ س ١٣

وروى أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى عن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فقال : «إصرف بصرك» (١)

وروى أحمد ومسلم عن أبى هريرة قال : جاء رجل فقال : يارسول الله ، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالى ؟ قال فلا تعطه مالك . قال أرأيت إن قاتلنى؟ قال قاتله ، قال أرأيت إن قتلنى ؟ قال فأنت شهيد ، قال أرأيت إن قتلته ؟ قال هو فى النار (٢) .

وروى البخارى ومسلم وغيرهما عن عائشة أن هنداً قالت يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى مايكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لايعلم ، فقال : « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف »(٣) .

والحكمة فى ذلك التدرج أن هذا النوع من التشريع يكون أقرب إلى القبول والامتثال خصوصاً مع أولئك العرب الذين كانوا فى إباحية مطلقة تجعلهم ينفرون من التكليف بالجملة ، ولأنه ييسر لهم معرفة الأحكام وفهمها بوقوفهم على أسباب التشريع والظروف التى أحاطت به .

ثم إن هذا التدرج لم يقتصر على التشريع الكلى ، بل كثيراً ما سلك بهم هذا الطريق فى تشريع الحكم الواحد . يتدرج بهم من حالة إلى أخرى حتى يصل إلى غايته ، كما حدث فى تشريع الصلاة .

فقد شرعت أول الأمر صلاة بالغداة ، وأخرى بالعشى ، فلما ألفوها شرعت خمس صلوات فى اليوم والليلة ركعتين ركعتين ماعدا المغرب، ثم أقرت فى السفر وزيدت فى الحضر إلى أربع فى الظهر والعصر والعشاء.

---

(١) المرجع السابق ج٦ ص ٩٥ (٢) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٧٦ .
(٣) المرجع السابق ج٦ ص ٢٧٤

وفى الزكاة كان المفروض فيها أولا ما يستطيعه كل واحد من غير تحديد « ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو » (١) ، ثم حدد مقدارها وهو يختلف باختلاف الأموال فقد يكون العشر أو نصفه أو ربعه ، وقد يكون غير ذلك ،

وفى تحريم الخمر سألوا أولا عن حكمها ، فنزل (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) ، وليس فى هذا تحريم ، وإنما هو بيان ما فيها من منافع ومضار ، حدث بعد ذلك أن شرب جماعة من الصحابة الخمر ، وقاموا للصلاة وهم سكارى ، فخلطوا فى القراءة ، وتنازعوا وكادوا يقتتلون فنزل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) (٢) .

وهذا يفيد تحريمها فى حالة خاصة ، وهى حالة الصلاة ، ولما سأل عمر بن الخطاب البيان الشافى وقال : اللهم بين لنا فى الخمر بياناً شافياً نزل الحكم الأخير فى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون. إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) (٣) الميسر : القمار ، والأنصاب ، جمع نصب وهى الحجارة تنصب للعبادة ، أو للذبح عليها تقرباً ، والأزلام جمع زلم وهى القداح التى كانوا يضربونها إذا أرادوا أمراً من الأمور .

وفى تحريم الربا تدرج معهم فى خطوات ، فبين لهم أولا الفرق بين الربا والزكاة ، وأن الأول لا نماء له عند الله ولا ثمرة له ، وأما الزكاة فهى مقبولة يضاعف الله الثواب لمعطيها . جاء ذلك فى قوله تعالى فى سورة الروم .

---

(١) العفو هو ما يسهل على الناس إنفاقه (٢) سورة النساء : ٤٣
(٣) آية - ٣٩

« وما آتيتم من ربا ليربوا فى أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون ».

ثم جاءت الخطوة الثانية تبين أن هذا الربا ظلم وبسببه حرم الله على اليهود كثيرا من الطيبات التى أحلت لهم ، فهى إنذار بخطر الربا عليهم .

وفى هذا يقول سبحانه فى سورة النساء (١) .

« فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيرا وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل واعتدنا للكافرين منهم عذابا أليما ».

ولما بين لهم أنه لاغناء فيه ولايتقبله الله ، وأن تعاطى اليهود له سبب لهم حرمانا من كثير من الطيبات ، وهذان الأمران كافيان للتحريم والمنع جاءت الخطوة الثالثة وهى النهى عن تعاطيه ولكن لأقبح صوره التى كانت شائعة عندهم فقال جل شأنه فى سورة آل عمران (٢) « ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم ترحمون ». ولما استقر فى نفوسهم أن الربا لافائدة فيه وأن الله لايريده لهم جاء التحريم العام مصحوبا بالتهديد الشديد وإعلان الحرب على المرابين فيقول سبحانه فى سورة البقرة (٣) .

« الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس. ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا . فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله . ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يمحق الله الربا ويربى الصدقات والله لايحب كل كفار أثيم. إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند

---

(١) آيتى ١٦٠ ، ١٦١ (٢) آية ١٣٠ (٣) الآيات من ٢٧٥ - ٢٧٩ .

ربهم ولاخوف عليهم ولاهم يحزنون . ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون » .

وهكذا فى كثير من التشريعات ، ولاشك فى أن هذا الأسلوب من التشريع هو العلاج الوحيد لجموح نفوس هؤلاء ، والوسيلة التى بها يتقبلون هذه التكاليف ، وتحيل بينهم وبين النفرة منها .

وفى هـذا تقول أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها « لو نزل أول ما نزل لاتشربوا الخمر لقالوا لاندع شربها أبداً ، ولو قال لهم لاتزنوا لقالوا لاندع الزنى أبداً .

أسلوب النصوص القرآنية فى تشريع الأحكام

ومما ينبغى ملاحظته هنا أن جمال التشريع الإسلامى لم يقف عند طريقته الفريدة فى نوعها ، بل تعدى ذلك إلى أسلوبه أيضاً ، فالقرآن الكريم لم يسلك فى تشريع الأحكام أسلوبا واحدا شأن القوانين الموضوعة ، بل نوع وغاير وعدد الأساليب .

فى طلب الشىء وإيجابه يجىء مرة بصيغة الأمر « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » (١) « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (٢) ،

وأخرى بعبارة كتب التى تدل على التحتم « ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم

---

(١) التوبة - ١٠٣

(٢) النساء - ٤

الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » (١) « كتب عليكم القصاص فى القتلى »(٢)، « كتب عليكم القتال وهو كره لكم » (٣) .

وثالثة ببيان مايترتب على الفعل من خير فى الدنيا أو الآخرة « ولا تستوى الحسنة ولا السيئة ادفع بالتى هى أحسن فإذا الذى بينك وبينه عداوة كأنه ولى حميم » (٤) فقد عبر عن وجوب دفع السيئة بالحسنة بما يترتب على الفعل فى الدنيا من خير ، وهو أن عداوة العدو تنقلب إلى صداقة قوية .

« إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولاهم يحزنون (٥)«الذين استجابوا لله والرسول من بعد ما أصابهم القرح للذين أحسنوا منهم واتقوا أجر عظيم » (٦) .

وفى طلب الترك وتحريم الفعل يجىء مرة بصيغة النهى نحو قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف » (٧) ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (٨) .

وأخرى بلفظ التحريم « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم . . . الآية (٩) .

حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ماذكيتم وماذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام » (١٠) .

وثالثة يعبر عنه بالتوعد الشديد على فعله « إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم (١١) .

---

(١) ، (٢) ، (٣) البقرة آيات - ١٨٣ ، ١٧٨ ، ٢١٦ (٤) فصلت - ١٤

(٥) البقرة - ٢١٧ (٦) آل عمران - ١٧٢ (٧) ، (٨) النساء - ٢٢ ، ٢٩

(٩) النساء - ٢٣ (١٠) المائدة - ٣ (١١) النور - ٢٣

« ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعدله عذابا عظيما » (١) .

وفى إباحة الشيء دون قصد طلب فعله أو تركه يعبر عنها مرة بالاحلال وأخرى برفع الجناح أو الحرج « وأحل لكم ماوراء ذلكم » (٢) « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » (٣) .

« والقواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة وأن يستعففن خير لهن والله سميع عليم . ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ماملكتم مفاتحه أو صديقكم وليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا فإذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تعقلون » (٤) « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » (٥) .

فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » (٦) .

وفوق تنوع الأساليب فى التعبير عن المعنى الواحد فانه لم يجمع هذه النصوص فى مكان واحد ، ولا فى سورة واحدة شأن التشريعات الأخرى ، بل جاءت الأحكام مفرقة فى سور القرآن مبثوثة فى ثنايا آيات العقائد والأخلاق وآيات الله فى الكون وأخبار الأمم السابقة .

---

(١) ؛ (٢) النساء - ٩٣ ، ٢٣ (٣) المائدة - ٥ (٤) النور - ٦٠ ، ٦١
(٥) النساء - ٢٤ (٦) البقرة - ٢٢٩

كما أننا نجد الحكم الواحد ورد فيه عدة نصوص فى مواضع عديدة بأساليب متنوعة .

وهذا كله يدلنا على أن القرآن الجامع لهذه الأنواع من البيان نزل بهذه الصورة لا ليكون كتاب تشريع فقط ، بل ليكون كتاب هداية للناس ليخرجهم من الظلمات إلى النور ، وليكون معجزة لرسول الله تؤيد صدقه فى دعواه الرسالة لارتفاع أسلوبه عن مستوى الذين أنزل بلغتهم وهم أهل الفصاحة وأرباب البيان .

أسس التشريع الإسلامى

ومع واقعية هذا التشريع ، وتدرجه مع الزمن فقد أقيم على أسس قويمة تجعل منه تشريعاً صالحاً لكل وقت ملائماً لجميع البيئات ، وهى :

أولا : التيسير وعدم الحرج

المتتبع للتشريعات الإسلامية يجدها ناطقة بهذا المبدأ ، فاليسر ظاهر ، والحرج منفى ، فلا مشقة تعجز المكلفين عن أداء ماطلب منهم ، ولا حرج يلحقهم مما كلفوا به .

فالقرآن يقرر ذلك فى صراحة :

يقول الله تعالى فى آخر سورة البقرة « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » . وفى آخر سورة الحج « وماجعل عليكم فى الدين من حرج » ، ويقول سبحانه بعد بيان الطهارة من الوضوء والغسل والتيمم « مايريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون »[1] ، ويقول بعد

---

(١) المائدة — ٦

تشريع الصيام « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (١) ، ويقول فى وصف الرسول « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم » (٢) ، ويقول « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » (٣) .

والرسول صلى الله عليه وسلم يؤكد ذلك فى أحاديث كثيرة فيقول « يسروا ولا تعسروا » . ويصف ماجاء به من تشريع بقوله « بعثت بالملة السمحة الحنيفية البيضاء » (٤) وقد ثبت من سيرته أنه ماخير بين أمرين إلا اختار أيسرهما مالم يكن إثماً ، وأنه نهى عن السؤال عما لم ينزل به الوحى حينما سأله الأقرع بن حابس عن الحج : أفى كل عام يارسول الله ؟ فقال : لوقلت نعم لوجبت ذرونى ماتركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم ، وفى بعض الروايات « فإذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه مااستطعتم »

ويقول : « أعظم المسلمين فى المسلمين جرماً من سأل عن شىء لم يحرم على المسلمين فحرم عليهم من أجل مسألته » ، وأخيراً يقول : إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها » .

فهذه بعض النصوص المثبتة لهذا المبدأ فى كتاب الله وسنة رسوله ، وغيرها كثير .

---

(١) البقرة — ١٥٨ . (٢) الأعراف — ١٥٧ . (٣) النساء — ٢٨ .

(٤) يريد بالسمحة التى ليس بها مشاق الطاعات كما ابتدعه الرهبان ، بل فيها لكل عذر رخصة ويتأتى العمل بها للقوى والضعيف ، وبالحنيفية أنها كملة ابراهيم عليه السلام فيها إقامة شعائر الله وكبت شعائر الشرك وإبطال التحريف والرسم ، وبالبيضاء أن عللها وحكمها والمقاصد التى بنيت عليها واضحة لايريب فيها من تأملها ، وكان سليم العقل غير مكابر . راجع حجة الله البالغة جـ ١ ص ١٢٨ .

والمتتبع لأحكام الشريعة يجد مظاهر هذا الأصل فى شتى نواحيها ، فقلة التكاليف إلى مراعاة أعذار المعذورين إلى رفع التكليف أوعدم المؤاخذة فى حالة الضرورة ، كل أولئك يدل فى وضوح على اليسر وعدم الحرج .

فالعبادات المشروعة فى حقنا بسيطة فى كمها وكيفها إذ قيست بالشرائع السابقة ، فخمس صلوات فى اليوم والليلة ، وصوم شهر واحد من اثنى عشر شهراً وحج بيت الله الحرام مرة واحدة فى العمر لمن استطاع إليه سبيلا مع إسقاطها عن المعذورين ، أو تأجيلها لوقت آخر حتى يزول عذرهم تكاليف ليس فيها حرج ولا عنت .

والمحرمات التى حرمت علينا ومنعنا من تناولها قليلة إذا قيست بما أباحه لنا بالأمر الصريح ، أو تركه على الإباحة من غير تحريم ولا تحليل .

يدل لذلك أننا وجدنا القرآن فى مقام التحريم يعدد الأصناف المحرمة ، وفى مقام الحل يطلق الإذن فى عبارة عامة لكثرة ما ينطوى تحت هذا النوع من الأصناف . فنى مقام تحريم بعض النساء يقول تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم . . ثم قال بعد أن عدد الأصناف « وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان » (١) .

وفى شأن تحريم المطعومات يقول « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به (٢) » الآية .

وفى آية أخرى يقول « قل لا أجد فيما أوحى إلىّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أودماً مسفوحاً أولحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم » (٣) .

---

(١) النساء — ٢٣ ، ٢٤ (٢) المائدة — ٣ (٣) الأنعام — ١٤٥

وفى آية أخرى يصرح بأنه فصل ماحرمه علينا « وقد فصل لكم ماحرم عليكم إلا مااضطررتم إليه » (١) .

أما فى جانب الحل فيقول (يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات»(٢) وفى آية بعدها يقول « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » وفى غيرها يقول « خلق لكم مافى الأرض جميعاً » ثم ينكر على المحرمين من غير دليل « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق » (٣) .

ومع أن ماحرمه قليل بالنسبة لما أباحه فقد رفع الجناح عن المضطر لتناول شيء من المحرمات « فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه » ، إلا مااضطررتم إليه » ، فأى يسر بعد هذا التيسير ؟!

وفى تشريع المعاملات لم يفصل الأحكام كلها ، بل أتى بقواعد عامة صالحة للتطبيق فى كل حين « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (٤) ، « وأحل الله البيع وحرم الربا (٥) ، « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (٦) » .

ثانيا تحقيق مصالح الناس على اختلاف الأزمان والبيئات : ذلك لأنه تشريع عام للناس كلهم « وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيراً »(٧) ، « قل ياأيها الناس انى رسول الله اليكم جميعاً » (٨) ، ولو لم يكن محققاً لمصالح الجميع لكان نقمة عليهم مع أنه جعله رحمة لهم « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين (٩) » .

---

(١) الأنعام - ١١٩ (٢) المائدة - ٤ (٣) الأعراف - ٣٢
(٤) المائدة - ١ (٥) البقرة - ٢١٥ (٦) النساء - ٢٩
(٧) سبأ - ٢٨ (٨) الأعراف - ١٥٨ (٩) الأنبياء - ١٠٧

ومن مظاهر هذا الاصل فى عصر الرسالة وجود نسخ فيها (١) ، فقد يشرع الشارع حكما لملاءمته للناس وقت تشريعه أو لمقصد خاص، ثم تزول ملاءمته أو ينتهى الغرض المقصود منه ، وأمثلة النسخ كثيرة فى القرآن والسنة .

منها : أن الله أوجب الوصية للوالدين والأقربين بقوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » (٢) ليعرفهم أن لهؤلاء حقاً فى أموالهم ، فلما امتثلوا ورضيت به نفوسهم نسخه الله بإيجاب أنصباء مقدرة بآيات المواريث، وهنا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :«أن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث » .

ومنها . أن عدة المتوفى عنها زوجها كانت أول الأمر عاماً كاملا ، وكان يجب على زوجها أن يوصى لها بالنفقة والسكنى فى هذه المدة كما جاء فى قوله تعالى «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج (٣). ثم نقصت هذه العدة إلى أربعة أشهر وعشرة أيام بقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً)(٤). ونسخت الوصية لها بآية المواريث حيث جعل الله لها فريضة مقدرة، هى ربع تركته إن لم يكن له ولد، أو ثمنها إن كان له ولد .

وقد كان جزاء الزناة فى أول الأمر الإيذاء والحبس فى البيوت حتى تظهر منهم التوبة والإصلاح . جاء ذلك فى قوله تعالى (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم

---

(١) النسخ هو رفع الحكم الشرعى بدليل شرعى متأخر عن دليل الحكم السابق ، وهو متفق على جوازه ووقوعه، ولم يخالف فى ذلك - فيما نعلم - إلا أبو مسلم الأصفهانى فانه أنكر وقوعه فى القرآن ، ولا مجال لمناقشة هذا الموضوع هنا فليرجع إليه من شاء فى كتب الأصول والتفسير عند قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شىء قدير » .

(٢) البقرة - ١٨٠ (٣) البقرة ٣٤ . (٤) البقرة — ٢٣٤

فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيما) (١) .

ثم نسخ ذلك بقوله (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) (٢) .

كذلك أمر الرسول لما هاجر إلى المدينة بالتوجه فى الصلاة إلى بيت المقدس قبلة اليهود الموجودين بكثرة فيها ليبين لهم أنه ليس بدعا من الرسل ، وليرغبهم فى الإسلام ، وليظهر ما فى علم الله مما عند هؤلاء من مكر وخداع ، واستمر على ذلك عاما وبعض عام ، ثم نسخ هذا الحكم بأمره بالتوجه إلى الكعبة قبلة أبيه إبرهيم ، وأول بيت وضع للناس ، وفى هذا نزل قول الله تعالى (قد نرى تقلب وجهك فى السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره)(٣) الآيات .

ولقد بعث رسول الله والناس يعبدون الأصنام والأوثان ، واليهود يعظمون قبور أنبيائهم حتى اتخذوها مساجد ، وهذا يؤدى إلى الشرك بالله .

---

(١) سورة النساء ١٥ ، ١٦ .

(٢) للنور — ٢ ، والقول بالنسخ فى هذا الموضوع هو ما ذهب إليه جمهور العلماء ، وخالف أبو مسلم الأصفهانى فى ذلك بناء على رأيه أنه لا نسخ فى القرآن ، ووجهه أن قوله تعالى « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم » أريد به المساحقة بين النساء وحدهن الحبس فى البيوت حتى الموت أو الزواج ، وقوله « واللذان يأتيانها منكم » فى اللواط ، وآية النور فى الزانية والزانى راجع تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٦٢ ، والبحر المحيط لأبى حيان ج ٣ ص ١٩٤ ، وتفسير المنار ج ٤ ص ٤٣٨ وأحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ١٤٨ وما بعدها وقد ذهب الى عدم النسخ ولكنه وجهة توجيها آخر .

(٣) البقرة — ١٤٤ .

فنهى عن زيارة القبور خشية فساد العقيدة ، وفى هذا يقول : « قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد »(١) . ولما سكن الإيمان قلوبهم ، وبعدوا عن الوثنية أذن لهم فى زيارتها فيما رواه الترمذى عن بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمه فزوروها فإنها تذكر الآخرة »(٢) .

ومن تأمل مواضع النسخ وجده قد يكون من الأخف إلى الأشد كما فى نسخ حبس الزانية فى البيت وإيذاء الزانى بالقول إلى الجلد أو الرجم ، وقد يكون بالعكس كما فى عدة المتوفى عنها زوجها .

والحكم المنسوخ على كل حال كان ملائماً للحالة التى كانوا عليها ، فلما تغيرت شرع لهم الحكم الناسخ الذى يحقق غرض الشارع من شرعه ، ولولا ما كانوا عليه أولا لشرعه من أول الأمر .

وإذا تتبعت الأحكام التى دخلها النسخ وجدت هذا المعنى واضحاً فيها .

خذ لذلك مثلا عدة المتوفى عنها زوجها ـ جعلها الشارع أولا عاماً كاملا تنتظره المرأة فى بيت الزوجية من غير زواج ، وقد كانوا يحبسون المرأة ، ويمنعونها من الزواج مدة طويلة فما كانت تخرج من بيت زوجها قبل مرور عام كامل(٣) تلبس فيه شر ثيابها وقد يمتد حبسها إلى آخر حياتها ، وفى هذا إجحاف

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٤ ص ٧٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٩٤ ، وفى رواية أخرى عن أبى هريرة قال : زار النبى صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله ، فقال استأذنت ربى أن أستغفر لها فلم يؤذن لى ، واستأذنته أن أزور قبرها فأذن لى فزوروا القبور فإنها تذكر الموت (رواه الجماعة) .

(٣) روى البخارى ومسلم عن أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمرأة التى جاءت تستأذن رسول الله فى أن تكتحل ابنتها حين اشتكت عينها =

بها أيما إجحاف ، فلو جعل عدتها من أول الأمر أربعة أشهر وعشراً مع إباحة خروجها لنفروا منه ، ولما أذعنوا ، لأنه يتنافى مع ما كانوا عليه كل المنافاة .

من أجل ذلك جعلها عاماً كاملا ، وهو زمن ليس بالقليل ، وفيه إخراج لهم عن بعض ما ألفوه ، فإذا ما قبلته نفوسهم ، واطمأنت إليه قلوبهم جاء الحكم الأخير .

فالنسخ إذاً كان فيه مراعاة لأحوال الناس ومصالحهم فى عصر النبوة ، وقد انتهى بوفاة الرسول ، فلا نسخ بعده .

أما مراعاة التشريع لمصالحهم بعد عصر النبوة فيتجلى فى أمور :

منها : أن أحكامه شرعت لعلل وحكم صرحت النصوص ببعضها ، وهى تنادى بذلك .

ففى القرآن الكريم « لعلكم تتقون » ، « ذلك أزكى لكم » ، « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » ، « كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم » ، « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة » .

وفى السنة : « ألا فزوروها فإنها تذكر الموت » ، « إنكم إن فعلتم ذلك

= بعد وفاة زوجها ـ « لا تكتحل » قالها مرتين أو ثلاثا . ثم قال : قد كانت إحداكن تمكث فى شر أحلاسها أو شر بيتها فإذا كان حول فمر كلب رمت ببعرة ، فلا حتى تمضى أربعة أشهر وعشر » .

أى أنها كانت تمضى حولا كاملا فى بيتها بدون زينة تلبس شر ثيابها فإذا مضى الحول خرجت ورمت ببعرة أول كلب يمر عليها لترى من حضرها من الناس أن مقامها حولا فى هذه الحالة أهون عليها من بعرة ترمى بها كلباً بالنسبة إلى فقيدها وما يستحقه من الحداد . راجع زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم ج ٥ ص ٢٦٣ .

قطعتم أرحامكم » ، وغير ذلك كثير (١) .

وهذا التعليل يفيد - بوجه عام - أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً فإذا كانت المصلحة التى شرع لها الحكم دائمة لا تتغير فلا يتغير الحكم أبداً لعدم وجود ما يقتضى التغيير ، وإذا ثبت أنها تتغير تبعاً لتغير الظروف والأحوال تغير الحكم معها ، وإلا لم تكن ثمة فائدة من شرعيته .

ومن هنا منع عمر بن الخطاب سهم المؤلفة قلوبهم - بعد أن كان رسول الله يعطيهم - لما زال سبب التأليف .

ومنها : اختلاف أسلوبه فى التشريع ، ففى الأشياء التى لا تتغير مصالحها فصلها وبينها أجلى بيان ، كالعبادات وبعض الأنظمة المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وميراث ، كما حدد عقوبات لبعض الجنايات التى لا تتغير مفسدتها على مر الأيام . كالقتل والزنى والسرقة وقطع الطريق والقذف .

وفى الأشياء التى تتغير مصالحها أو تختلف باختلاف الأزمان كالمعاملات وما يتعلق بالنظام الاجتماعى أتى تشريعه فيها على هيئة قواعد عامة صالحة للتطبيق ليطبقها أولوا الأمر حسبما يقتضيه صالح الناس .

ولذلك جعل للعرف أثراً كبيراً فيها ، فإليه يرجع الفصل فيما ليس فيه نص منها . وسيأتى تفصيله إن شاء الله ، ثم إنه بعد ذلك وجدناه يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ودفع المفسدة الكبيرة على دفع ما هو أقل منها . وهذا واضح فى كثير من الأحكام ، وسيأتى شرح لبعض أمثلة هذا النوع .

ثالثا : تحقيقه للعدل بين الناس كلهم :

فالتشريع الإسلامى ينظر إلى الناس كلهم نظرة المساواة فى الخضوع لأحكامه

---

(١) راجع هذا الموضوع بتوسع فى رسالتنا « تعليل الأحكام » .

وفى المؤاخذة على مخالفتها لافرق بين حاكم ومحكوم ، ولا بين غنى وفقير ، ولا بين شريف ووضيع ، ولا بين عربى وغيره ، ولا بين أبيض وأسود ، فلا يعنى شخص من المؤاخذة بما له من جاه أو سلطان .

فآيات العدل عامة لم تخص فريقاً دون آخر ، فالأمر فيها مطلق غير مقيد ، وفى بعضها تحذير من ترك العدل لأى سبب من الأسباب من بغض أو قرابة أو غيرهما .

« وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (١) ، « ياأيها الذين امنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعلمون » (٢) .

« ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعلمون خبيراً » (٣) .

وهذا رسول الله يقول لمن جاءه يشفع لامرأة من بنى مخزوم سرقت «إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

وقصة هذه المرأة كما رواها البخارى ومسلم وغيرهما

أن امرأة من بنى مخزوم سرقت حليا أو متاعا ورفع أمرها إلى النبى صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالسرقة . فخشى قومها أن ينفذ الرسول عقوبة السارق فيفتضحوا وجاءوا إلى أسامة بن زيد ، وكان معروفا بحب النبى صلى الله عليه وسلم له ولأبيه زيد وكلموه فى أن يشفع للمرأة ألا ينفذ فيها العقوبة وكلم رسول

---

(١) النساء - ٥٨ (٢) المائدة - ٨ (٣) النساء - ١٣٥

الله فغضب عليه الصلاة والسلام وقال : أتشفع فى حد من حدود الله ؟ ثم جمع الناس فخطب فيهم قائلا : يأيها الناس انما أهلك من كان قبلكم الخ .

فهذا الأسلوب القاطع فى منع المحاباة فى اقامة حدود الله وتنفيذ أحكامه يدل دلالة واضحة على أن المساواة بين الناس أصل أصيل فى شريعة الإسلام .

أنظر إن شئت إلى ماقاله رسول الله فى حجة الوداع بشأن إهدار مابقى من ربا الجاهلية بادئا بإهدار ماكان لعمه العباس وهو أقرب الناس إليه .

« ألا إن ربا الجاهلية موضوع عنكم كله لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وأول ربا موضوع أبدأ به ربا عمى العباس بن عبد المطلب » .

ولما طبق الخلفاء والأئمة من بعدهم هذا المبدأ استقام لهم الأمر ، ودخل الناس فى دين الله أفواجاً حباً فى الإسلام العادل ، وفراراً من جور غير المسلمين من الحكام .

فهذا أبو بكر يقول فى أول خطبة له : « أما بعد أيها الناس فإنى قد وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينونى وإن أسأت فقومونى . . ثم قال : والضعيف فيكم قوى عندى حتى أرد عليه حقه إن شاء الله ، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه إن شاء الله » .

وهذا عمر وعدله الذى ملأ الدنيا بعد رسول الله يجيئه مصرى شاكياً ابن حاكم مصر من قبله « ابن عمرو بن العاص » لأنه ضربه من غير حق عندما سبقه ، فيستدعى الحاكم وابنه لمقر الخلافة ليقتص منه المظلوم ، ثم يقول للمصرى : اضرب بن الأكرمين ، ويلتفت إلى عمرو ، ويوجه إليه الخطاب : (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً) .

وكان إذا نهى الناس عن شىء جمع أهله فقال : إنى نهيت الناس عن كذا

هو كذا ، وإن الناس ينظرون إليكم نظر الطير إلى اللحم ، وأقسم بالله لا أجد أحدا منكم فعله إلا أضعفت العقوبة عليه .

ولقد ضرب ابنه أبا شحمة الحد فى الشرب وفى أمر آخر فمات من ذلك .

وقال مرة لجلسائه : أرأيتم إذا استعملت عليكم خير من أعلم ، ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ما علىّ ، فرد الناس : بأن نعم ، فقال لهم : لا حتى أنظر فى عمله أعمل بما أمرته أم لا .

لأنه رضى الله عنه كان يرى أنه مسئول شخصياً عن كل تصرف من تصرفات عماله ، ولقد قال مرة : (أيما عامل لى ظلم أحداً ، وبلغنى مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته) .

وما كان رضى الله عنه يتردد فى رد الحق إلى صاحبه بأى وسيلة حتى ولو كانت تلك الوسيلة الضرب لكبير فى قومه . أنظر إليه وقد ظلم أبو سفيان مسلما فيأمره برد الحق لصاحبه فيتردد أبو سفيان فيهوى عمر عليه بالدرة ولا يدعه حتى رد الحق إلى صاحبه

كما كان ينصف المظلوم مهما كانت منزلته وجنسيته وديانته . فلقد شكا أحد الرعية من الفرس الوالى إليه لأنه اغتصبه أرضا استغلها للنفع العام بغير رضا منه فكتب إليه عمر : بعد تحية الإسلام يقول : انصف فلانا من نفسك وإلا فأقبل والسلام .

ويروى أنه وقع بين الرشيد — وهو خليفة — وبين نصرانى خصومة رفعا أمرها إلى القاضى أبى يوسف فحكم على الرشيد ، وحين أدركته الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أنى وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد وبكى .

هذا هو عدل الإسلام فى أحكامه وفى قضائه ، وهذا هو مسلك المطبقين له .

مصادر التشريع فى هذا الدور

ليس للتشريع مصدر فى هذا الدور إلا وحى السماء ، كما صرح القرآن بذلك فى غير آية (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى)[1] ، (ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء)[2] .

والرسول صلى الله عليه وسلم كما أمر بتبليغ الوحى فى قوله تعالى (ياأيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك فإن لم تفعل فما بلغت رسالته)[3] أمر ببيانه فى قوله تعالى (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم[4]) .

فبين ما خفى عليهم من القرآن ، وما ورد مجملا فيه بإلهام الله تعالى كما جاء صريحاً فى قوله تعالى (لا تحرك به لسانك لتعجل به . إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه[5]) ، وقوله (إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما[6]) .

وكان بيانه صلى الله عليه وسلم تارة بالفعل كما فى الصلاة ، حيث صلى أمامهم ، ثم قال : (صلوا كما رأيتمونى أصلى) ، وتارة بالقول كما فى بيان الزكاة التى أمرنا القران بإيتائها من غير بيان مقدارها . فقال الرسول : (هاتوا ربع عشر أموالكم) ، وأخرى بالتقرير فيما إذا رأى شخصاً يفعل فعلا باجتهاده ، ويصيب فيه ، فيقره على فعله بترك الإنكار عليه .

وهذا البيان بأنواعه هو المسمى بالسنة ، وهى أقوال الرسول وأفعاله وتقريراته ، فنأخذ من هذا أن الوحى نوعان : قرآن وسنة ، والكل من عند الله ، وأن الله كما أمرنا بطاعته أمرنا بطاعة الرسول .

---

(١) النجم — ٣ ، ٤ . (٢) النحل — ٨٩ .
(٣) المائدة — ٦٧ . (٤) النحل — ٤٤ .
(٥) القيامة من ١٦ — ١٩ (٦) النساء — ١٠٥

(ياأيها الذين امنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) (١) . بل جعل طاعة الرسول طاعة لله فى قوله (من يطع الرسول فقد أطاع الله (٢)) .

بقيت مسألة اجتهاد الرسول عندما كان يسأل عن الحكم ، ويتأخر الوحى فيفتى السائل باجتهاده . هل يعتبر هذا الاجتهاد مصدراً ثالثاً للتشريع ؟

والجواب أن هذا الاجتهاد لايعتبر مصدراً مستقـــلا ، لأنه يرجع إلى الوحى ، حيث إن إقراره له إن كان صواباً ، وبيان وجه الخطأ فيه إن كان غير ذلك يجعله فى النهاية مستنداً إلى الوحى .

إذاً تـكون مصادر التشريع فى هذه الفترة منحصرة فى القرآن والسنة .

ومن أمثلة اجتهاده صلى الله عليه وسلم أنه شاور أصحابه فيما يفعله بأسارى بدر ، فأشار أبو بكر بأخذ الفداء قائلا للرسول : (يارسول الله بأبى أنت وأمى . قومك فيهم الآباء والأبنـاء والعمومة وبنو العم والإخوان ، وأبعدهم منك قريب ، فامنن عليهم منّ الله عليك ، أو فادهم يستنقذهم الله بك من النــار ، فتأخذ منهم ماأخذت قوة للمسلمين . فلعل الله أن يقبل بقلوبهم).

وأشار عمر بقتلهم قائلا : (يارسول الله ، هم أعداء الله ، كذبوك وقاتلوك وأخرجوك . اضرب رقابهم . هم رؤوس الـكفر وأئمة الضلالة يوطىء الله بهم الإسلام ، ويذل بهم أهل الشرك) . فاختار الرسول فى النهاية رأى أبى بكر . فنزل القران معاتباً له على ذلك (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن (٣) فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم) (٤) .

---

(١) و (٢) النساء - ٥٩ ، ٨٠ .

(٣) يثخن : يغلب على كثير من الأرض ويبالغ فى قتل أعدائه .

(٤) الأنفال — ٦٧ ، ٦٨ .

ولعل ذلك العتاب يرجع إلى أن الرسول كان فى أول مراحل الجهاد مع المشركين وهذا يقتضى أن يشتد معهم ولا يلين ، فيقتلهم ليكونوا عبرة لغيرهم .

ومنه أن الرسول أذن للمتخلفين فى غزوة تبوك بالبقاء ، وعدم الخروج وكان منهم المؤمنون الصادقون ، والمنافقون الكاذبون فنزل القرآن مبيناً خطأه ، وأنه كان يجب عليه أن يتثبت من أمرهم قبل الإذن .

« عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » (١) .

ومن اجتهاده الذى لم يقره الله عليه ماورد فى قصة خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت حين ظاهر منها زوجها ، وقال لها : أنت على كظهر أمى ، فقصدت رسول الله تشكو إليه قائلة : « إن أوساً تزوجنى وأنا شابة مرغوب فىّ ، فلما خلت سنى ونثر بطنى جعلنى عليه كأمه ، فقال لها الرسول : « حرمت عليه » . فقالت يارسول الله : ماذكر طلاقا ، وإنما هو أبو ولدى وأحب الناس إلىّ ، فقال : « حرمت عليه » وكلما ناقشته قال : « حرمت عليه » ، فقالت : أشكو إلى الله فاقتى ووجدى « أى حزنى » ، فسمع الله لها ، وأنزل فيها قرآنا « قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير » الآيات من أول سورة المجادلة بين فيها أن الظهار ليس طلاقا ، بل هو قلب للحقائق ، والواجب فيه كفارة هى تحرير رقبة ، فإن لم يتيسر فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يتيسر فإطعام ستين مسكيناً ، وهذه الكفارة تأديب لمن يتلاعب بالألفاظ التى تهدد الأسرة بالانهيار والتفكك .

وكذلك ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أذن لبعض أصحابه فى الاجتهاد إذا

---

(١) التوبة — ٤٣

كانوا بعيدين عنه ، فاجتهد كثير منهم . إلا أن هذه الاجتهادات كانت تعرض عليه فيقر الصواب منها .

فلقد ثبت أن رسول الله لما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً قال له : بم تقضى قال بكتاب الله ، قال فإن لم تجد ،قال فبسنة رسول الله ، قال: فإن لم تجد ، قال فبرأيى ،فقال الرسول: الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى الله ورسوله ، وهذا الحديث يعتبر أساساً فى الإذن بالاجتهاد » .

وروى أن رسول الله لما بعث على بن أبى طالب قاضياً إلى اليمن قال له : إن الله سيهدى قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء .

ولم يقف الأمر عند هذا ، بل تعداه إلى أن الرسول أمر بعض الصحابة بالقضاء فى خصومة أمامه . فقد روى أنه صلى الله عليه وسلم قال يوماً لعمرو ابن العاص : أحكم فى هذه القضية ، فقال عمرو : أأجتهد وأنت حاضر ؟ قال: « نعم إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر (١) .

وحوادث اجتهادات الصحابة فى أسفارهم كثيرة ،ولولا خشية لإطالة لعددنا منها الكثير .

بقى أن يقال : إذا كان اجتهاد الرسول وأصحابه فى هذا العصر مرده إلى الوحى. فما فائدة الاجتهاد والإذن فيه ؟ .

والجواب : أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع ،وهى شريعة الله إلى يوم الدين. ونصوصها لم تستوعب أحكام الحوادث الجزئية. ما جد منها وما لم يجد ،والحوادث

---

(١) راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ، وكتاب الأحكام لابن حزم ج ٦ ص ٢٦ ، والمبسوط للسرخسى ج ١٦ ص ٧٠

متجددة على مر الأيام . فلو لم يكن هناك اجتهاد لاستنباط أحكام لهذه الحوادث الجديدة لوقفت الشريعة . وما وسعت كل شيء .

من أجل ذلك أذن الله لرسوله بالاجتهاد ، فاجتهد وعلم أصحابه ، وبين الله لهم في القرآن علل بعض الأحكام لينفتح المجال أمامهم بالقياس عليها . فكان الاجتهاد من خصائص هذه الشريعة (١) .

---

(١) يقول صاحب تفسير المنار عند تفسير قوله تعالى « ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم فيما آتاكم » ولو شاء الله أن يجعلكم أيها الناس أمة واحدة ذات شريعة واحدة ومنهاج واحد في سلوكها والعمل بها لفعل بأن خلقكم على استعداد واحد وألزمكم حالة واحدة في أخلاقكم وأطوار معيشتكم بحيث تصلح لها شريعة واحدة في كل زمن ، وحينئذ تكونون كسائر أنواع الخلق التي يقف استعدادها عند حد معين كالطير أو النمل أو النحل . ولكنه لم يشأ ذلك بل جعلكم نوعا ممتازا يرتقي في أطوار الحياة بالتدريج وعلى سنة الارتفاع فلا تصلح له شريعة واحدة في كل أطوار حياته بل جعل لكم في كل طور شريعة تصلح له لا لغيره وختم شرائعه ومناهجه بالشريعة المحمدية المبنية على أصل الاجتهاد وجعل أمره في القضاء والسياسة والاجتماع شورى بين أولى الأمر من أهل المكانة والعلم والرأي ليبلوكم أي ليعاملكم بذلك معاملة المختبر لاستعدادكم فيما أعطاكم من الشرائع .

ثم قال إن الفروق بين الشرائع تظهر بالمقارنة بين اليهودية والنصرانية والاسلام فاليهودية شريعة مبنية على الشدة وتربية قوم ألفوا العبودية والذل وفقدوا الاستقلال في الارادة والرأي ، فهي مادية جسدية شديدة ليس لأهلها فيها رأي ولا اجتهاد ، فالقائم بتنفيذها كالمربي للطفل العارم الشكس .

والمسيحية يهودية من جهة وروحانية شديدة من جهة أخرى ، فهي تأمر أهلها أن يسلموا أمورهم الجسدية والاجتماعية للمتغلبين من أهل السلطة والحكم مهما كانوا عليه من الفساد والظلم وأن يقبلوا كل ما يسامون به من الخسف والذل ، ويجعلوا عنايتهم كلها بالأمور الروحية وتربية العواطف والوجدانيات النفسية فهي القائمة على أساس العقل والاستقلال المحققة لمعنى الإنسانية بالجمع بين مصالح الروح والجسد ، وبهذا =

وهنا يبرز سؤال آخر يقول: إذا كان الوحى ينزل على رسول الله وأبيح له الاجتهاد تعليما لأمته فلِمَ تركه الله فى بعض اجتهاداته يخطىء الصواب ثم يعاتبه بعد ذلك ولم لم يلهمه الصواب فى كل ما اجتهد فيه!؟

والجواب أن وراء هذا الخطأ حكمة بالغة هى أن الاجتهاد من لوازم هذه الأمة وبخاصة بعد وفاته صلى الله عليه وسلم، والاجتهاد أى هو عرضة للصواب والخطأ، فخطأ رسول الله فى اجتهاده يكون عزاء للمخطئين فى اجتهاداتهم من جهة وارشاداً للناس إلى احترام آراء المجتهدين وعدم التسرع فى الحكم عليهم بالخطأ وعدم التشنيع عليهم فيما أخطئوا فيه من جهة أخرى.

وبهذا يتحقق أن بعثة رسول الله كانت ولا تزال رحمة لهذا الامة كما صرح القرآن بذلك «وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين».

ويجب أن نلاحظ هنا الأمور الآتية:

الأول: أن الشريعة كملت أصولها وقواعدها قبل وفاة الرسول. مصداقا لقوله تعالى «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً» (١) التى نزلت فى حجة الوداع قبل وفاة الرسول بثلاثة أشهر، ولذلك قيل لم ينزل بعدها حلال ولا حرام.

= يصدق عليها قوله تعالى «كنتم خير أمة أخرجت للناس» «وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس» فهى مبنية على أساس الاستقلال البشرى اللائق بسن الرشد وطور ارتقاء العقل، ولذلك كانت الأحكام الدنيوية فى كتابها قليلة وفرض فيها الاجتهاد، لأن الراشد يفوض إليه أمر نفسه فلا يقيد إلا بما يمكن أن يعقله من الأصول القطعية. ومن مقومات أمته الملية التى لا تختلف باختلاف الزمان والمكان.(هـ

(١) المائدة — ٣.

وعلى هذا يكون التشريع على الحقيقة انتهى بوفاة الرسول، ولم يبق إلا التطبيق للقواعد، والاستنباط من النصوص.

الثانى: كان الرسول هو المرجع فى القضاء والاستفتاء وحده تبعاً لاتحاد مصدر التشريع، ومن هنا لم يوجد فى واقعة من الوقائع أكثر من رأى واحد، ولم يلجأ أحد فى استفتائه إلا إلى الرسول، والأحكام التى صدرت فى خصومات من أحد الصحابة فى البلدان البعيدة لا تعتبر تشريعاً إلا إذا أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم.

الثالث: أن الفقه فى هذا الدور كان واقعياً عملياً، وقد انتهى ولم يدون منه شيء غير ما جاء فى القرآن، لأن الرسول أمر بكتابته، ونهاهم عن كتابة السنة خوف اختلاطها بالقرآن

وفى نهاية هذا الدور يقول رسول الله لأصحابه: «تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتى».

الدور الثانى . دور البناء والكمال

ويبدأ من سنة ١١ هـ وينتهى فى منتصف القرن الرابع الهجرى تقريباً.

قدمنا أن الرسول اجتهد فى بعض الحوادث. وأذن لأصحابه فى الاجتهاد، بل ودربهم عليه مع نزول الوحى تمهيداً للحياة المستقبلة، وإعداداً لهم للخلافة.

فما أن انتهى الدور الأول، وهو دور التأسيس ووضع القواعد والمبادىء بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدأ الدور الثانى، وهو دور البناء والكمال.

وهذا الدور — بوجه عام — كان مطبوعاً بطابع الاجتهاد وأخذ الأحكام من النصوص إن وجدت، فإن لم توجد فبالرأى الجماعى متى أمكنت المشورة فيما يتعلق بشأن الجماعة. أو الفردى إذا تعذرت الشورى، أو كان الأمر متعلقاً بمسائل فردية.

فكان كل من تأهل للاجتهاد يجتهد فيما نزل به وفيما استفتى فيه متى تعينت عليه الفتوى، ومن لم يبلغ هذه المنزلة لجأ إلى غيره من أهل الفتيا.

وكانت حرية الاستفتاء مكفولة أول الأمر، فلم يكن الشخص ملزماً باستفتاء

شخص معين، ولا تقليد واحد بعينه، ولم يوجد ذلك التقليد[1] إلا عندما تكونت المذاهب الفقهية . وتميزت عن بعضها ، وأصبح لها أتباع يسيرون فى فلكها ، ومع هذا التقليد لم يلته الاجتهاد دفعة واحدة ، بل كان السبيل إلى استنباط الأحكام التى لا يوجد فيها نقل عن الأئمة كما صرح [2] بذلك الفقيه الحنفى أبو الحسن الكرخى المتوفى سنة ٣٤٠ هـ .

وهـذا الدور ينقسم إلى ثلاث مراحل ، كل مرحلة تتميز عن الأخرى ببعض الخصائص .

المرحلة الأولى . عصر الخلفاء الراشدين .

بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم انتقلت قيادة الأمة فى أمور الدين والدنيا إلى خلفائه الراشدين ، وكبار الصحابة ، فواجهوا أحداثا لم تكن فى عصر النبوة لاتساع رقعة الدولة الإسلامية بفتح الشـــام والعراق ومصر وفارس وغيرها ، وفى هذه البلاد نظم لم يألفوها ، وعادات وتقاليد تغاير ما عندهم فى شبه الجزيرة العربية ، وأحداث جديدة ما كانت تعرض لهم فى بلادهم ، وكل ذلك يتطلب حكم الإسلام فيه ، وهم بحكم قيادتهم مكلفون بهذا ، فماذا يفعلون

---

(١) يقول ابن حزم فى كتابه الأحكام ج٦ — ١٤٦ : إن بدعة التقليد ظهرت فى الناس وابتدىء بها بعد الأربعين ومائه من تاريخ الهجرة، وهى بعد القرون الثلاثة التى أخبر عنها الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم لم تزل حتى عمت بعد المائتين إلا من عصم الله .

(٢) يقول الكرخى فى رسالته الأصول التى عليها مدار فروع الحنفية ، الأصل أن الحادثة إذا وقعت ولم يجد المؤول فيها جواباً ونظيراً فى كتب أصحابنا فانه ينبغى له أن يستنبط جوابها من غيرها . إما من الكتاب أو من السنة أو غير ذلك مما هو الأقوى فالأقوى فانه لا يعدو حكم هذه الأصول .

والنصوص لم تصرح بالكثير منه ؟ ، فلم يكن لهم منفذ إلا الاجتهاد ، واستعمال الرأى على ضوء القواعد الشرعية ، فاجتهدوا تأسياً برسول الله واستصحاباً لإذنه لهم بالاجتهاد فى عصره ، واستنباطاً من تعليل النصوص لبعض الأحكام فإن فى هذا التعليل إشارة إلى أن التشريع قصد به تحقيق مصالح الناس ، وهذا يدعوهم إلى الاجتهاد عند فقدان النص الصريح .

طريقتهم فى الفتيا والقضاء

إذا وقعت الحادثة بحثوا عن حكمها فى كتاب الله ، فإن وجدوه حكموا به . وإن لم يعثروا عليه فيه التمسوا حكمها فى السنة ، فإن لم يسعفهم نص من هذين جمع الخليفة كبار الصحابة وشاورهم فى الأمر ، فإذا اتفقوا على رأى صدر الحكم الجماعى ، وإن اختلفوا أعادوا النظر ، وقلبوا المسألة على جميع وجوهها الممكنة ، فإذا لم يوجد اتفاق أخذ فيها برأى الأغلبية ، وفى هذه الحالة تسلم الأقلية لرأى الأغلبية حسما لمادة الخلاف ، وهذا طبعاً فى المسائل التى لها مساس بالحكم . أما المسائل الفردية التى تخص الأشخاص فإنه كان يكفى فيها الاجتهاد الفردى .

ومما يدلنا على أن هذه كانت طريقتهم ما رواه البغوى فى مصابيح السنة قال : كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر فى كتاب الله ، فإن وجد فيه مايقضى به بينهم قضى به ، وإن لم يجد فى الكتاب وعلم من رسول الله فى ذلك الأمر سنة قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال : أتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله قضى فى ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله قضاء ، فيقول أبو بكر : الحمد لله الذى جعل فينا من يحفظ عن نبينا ، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم ، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد فى القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبى بكر قضاء ؟ ، فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء

قضى به ، وإلا دعا رؤوس المسلمين ، فإذا اجتمعوا على شيء قضى به (١) .

فهذا أسلوبهم فيما كان يعرض عليهم من قضايا ، وبه أوصوا قضاتهم الذين كانوا يرسلونهم إلى المدن البعيدة بعد أن فصل أمر القضاء عن الولاية لما كثرت الأعمال فى عهد عمر .

فلقد أثر عن عمر رضى الله عنه أنه لما ولى شريحا أمر القضاء فى الكوفة قال له : أقض بما استبان لك من قضاء رسول الله . فإن لم تعلم كل أقضية رسول الله فاقض بما استبان لك من قضاء أئمته المهتدين ، فإن لم تعلم كل ماقضت به الأئمة المهتدون فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح .

وبعد فترة من الزمن أرسل له كتاباً يذكره بالخطة القويمة الواجب اتباعها فيقول له : إذا حضرك أمر لابد منه فانظر فى كتاب الله فاقض به ، فإن لم يكن ففيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يكن ففيما قضى به الصالحون وأئمة العدل ، فإن لم يكن فأنت بالخيار ، إن شئت أن تجتهد رأيك فاجتهد رأيك ، وإن شئت أن تؤامرنى ، ولا أرى مؤامرتك إياى إلا خيراً لك (٢) والسلام .

من ذلك نرى أنه جد مصدر جديد للفقه ، وهو استعمال الرأى الذى لم يحدد بمعنى خاص فى هذا الوقت ، بل كان — كما يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين —

---

(١) إعلام الموقعين جـ ١ ص ٧٠

(٢) فى هذا الكتاب يرسم له طريق القضاء السليم ، ويخيره فى النهاية بين الاجتهاد وبين أن يكتب إليه ، ويجعل المكاتبة خيراً له ، لأن طريقة عمر فيما يأتيه من ولاته وقضاته هى . المشورة وأخذ الرأى الجماعى ، وبه تكون الكتابة إليه بشأن الخصومة التى ليس فيها نص ولا قضاء سابق أحسن من قضاء القاضى برأيه وحده .

مايراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات .

والرأى عندهم – كما رأيت – نوعان : رأى جماعى ، ورأى فردى ، أو اجتهاد الجماعة واجتهاد الفرد ، ونحن إذا تتبعنا مواضع إستعمالهم للرأى وجدنا هذه الكلمه شاملة لأنواع من الأدلة التى تميزت بأسماء خاصة فيما بعد . كالقياس والاستحسان والاستصلاح مع ملاحظة أنهم لم يهملوا العرف .

ومع استعمالهم الرأى لم يكن الواحد منهم يجزم بأن هذا حكم الله ، بل ينسبه إلى نفسه إن كان خطأ .

يدل لذلك ماروى عن أبى بكر الصديق أنه كان إذا اجتهد وبان له الرأى الراجح عنده يقول : هذا رأيى ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمنى وأستغفر الله .

وماروى عن عبد الله بن مسعود لما سئل عن المرأة التى تزوجت ، ولم يفرض لها زوجها صداقا . ومات قبل أن يدخل بها قال : أقول فيها برأيى « لها مهر مثلها لاوكس (١) ولا شطط ، فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريئان »

وأخرج الطبرانى عنه أنه قال : عسى رجل أن يقول : إن الله أمر بكذا أونهى عن كذا ، فيقول الله عز وجل له : كذبت ، ويقول : إن الله حرم كذا وأحل كذا فيقول الله عز وجل : كذبت .

ولقد كتب كاتب لعمر فى فتيا : هذا مارأى الله ورأى عمر : فقال له بئسما قلت هذا مارأى عمر ، فإن يكن صواباً فمن الله ،وإن يكن خطأ فمن عمر ، ثم قال : السنة ماسنه الله ورسوله ، لاتجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة (٢) .

---

(١) الوكس النقص ، والشطط الزيادة . (٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ٦٢

وفى رواية أخرى « ياأيها الناس . إن الرأى كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيباً لأن الله كان يريه ، وإنما هومنا الظن والتكلف ، وقال : السنة ماسنه الله ورسوله ، لاتجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة » .

وروى عنه أنه كان يقول « لايقولن أحدكم قضيت بما أرانى الله تعالى ، فان الله تعالى لم يجعل ذلك إلا لنبيه صلى الله عليه وسلم وأما أحدنا فرأيه يكون ظنا لاعلما » (١) .

ومما يؤكد ذلك أن الواحد منهم كان يسر ويحمد الله تعالى إذا ظهر له أن اجتهاده وافق حديث رسول الله .

من ذلك مارواه مسلم(٢)أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام وقبل أن يدخلها علم بوقوع الوباء بها فشاور المهاجرين فاختلفوا ثم شاور الأنصار فاختلفوا ثم شاور مشيخة قريش من مهاجرة الفتح فلم يختلفوا وأشاروا عليه بالرجوع ،فقرر عمر الرجوع ،فقال له أبو عبيدة بن الجراح: إفرارا من قدر الله ،فقال عمر: لو غيرك قالها يا أبا عبيدة،وكان عمر يكره خلافه ، نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله ،أرأيت لو كانت لك ابل فهبطت واديا له عدوتان « ناحيتان » إحداهما خصبة والأخرى جدبة ، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله ، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله ، فجاء عبد الرحمن بن عوف وكان متغيبا فى بعض حاجته ، فقال: إن عندى من هذا علما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » قال : فحمد الله عمر بن الخطاب ثم انصرف .

---

(١) تفسير المنار جـ ٥ ص ٢٩٥ نقلا عن الإمام الرازى وراجع تفسير البحر المحيط جـ ٣ ص ٣٤٣ .

(٢) صحيح مسلم ص ٢٧ ، ص ٢٨ من القسم الثانى من الجزء الثانى .

ومنه ماروى عن ابن مسعود (١) أن سائلا سأله عن المرأة التى تزوجت من غير أن يفرض لها زوجها صداقا ثم توفى عنها فقال بعد شهر : أقول فيها بنفسى فان يك صوابا فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن نفسى وفى رواية فمن ابن أم عبد ، وفى رواية فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان . أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط . فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعين فقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا ، فسر عبدالله بن مسعود سرورا لم يسر مثله قط بعد إسلامه ، وبروع بكسر الباء فى المشهور ويروى بفتحها .

ولقد روى الترمذى والنسائى وأبو داود هذا الأثر بروايات أخرى مختصرة . قال البيهقى جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح .

وثمة ظاهرة أخرى صاحبت استعمالهم للرأى لا تقل فى أهميتها عن سابقتها وهى احترام الرأى المتبادل بينهم ، فما كان الواحد منهم يتعصب لرأيه بمحاولة جعله مذهبا يرد الناس إليه عند الاختلاف فى الاجتهاد حتى ولو كان صاحب سلطان ، والحادثة الآتية تصور لنا مدى ماوصلوا إليه من احترام بعضهم لآراء بعض .

روى الطبرى : أن عمر بن الخطاب — وهو خليفة — لقى رجلا له قضية فسأله ماذا صنعت ؟ ، فقال قضى على بكذا ، قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال الرجل : فما يمنعك والأمر إليك ؟ فأجابه عمر . لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة رسوله لفعلت ، ولكنى أردك إلى رأى والرأى مشترك

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ج ٢ ص ٤٤٠

ولست أدرى أى الرأيين أحق عند الله (١) .

وأمثلة إفتائهم بالرأى كثيرة . منها فتوى ابن مسعود السابقة .

ومنها ماروى أن عمر رضى الله عنه رفعت إليه قضية رجل قتلته امرأة أبيه وخليلها ، فتردد عمر فى قتل الجماعة بالواحد ، لأن كتاب الله يقول (النفس بالنفس) فقال على : أرأيت يا أمير المؤمنين لو أن نفراً اشتركوا فى سرقة جزور ، فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم؟ قال نعم. قال فكذلك، فعمل عمر برأيه وكتب إلى عامله : (أن أقتلهما فلو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم به) .

ومنها إفتاؤهم بتضمين الصناع إذا ادعوا هلاك ماعندهم من متاع بدون إقامة بينة على دعواهم ، وفى هذا يقول على رضى الله عنه : « لايصلح الناس إلا ذاك » .

ومنها منع عمر رضى الله عنه إعطاء المؤلفة قلوبهم فى خلافة أبى بكر لزوال السبب الموجب لإعطائهم ، ووافقه أبو بكر على رأيه .

ومنها : أنهم أفتوا بأن المرأة التى طلقها زوجها فى مرض موته ترثه إذا مات ، لأنه بطلاقه هذا يعتبر فاراً من ميراثها ، فمعاملة له بنقيض مقصوده حكموا بإرثها ،وكان عمر يقول : ترث منه إذا مات وهى فى العدة فقط ، وخالفه عثمان بن عفان ، فقال ترثه مطلقاً . مات فى العدة أو بعدها .

ومنها حكمهم بتشريك الجدتين فى السدس بعد تقدم قضاء رسول الله به للجدة من قبل الأم . روى مالك (٢) عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه

---

(١) راجع تاريخ التشريع للخضرى ، وحاشية الحموى على الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٣٩ .

(٢) الموطأ بشرح الباجى ج ٦ ص ٢٣٩ .

قال : أتت الجدتان إلى أبى بكر الصديق ، فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الأم ، فقال له رجل من الأنصار : أما إنك تترك التى لو ماتت وهو حى كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما ، وروى مثل ذلك عن عمر .

اختلافهم فى الاجتهاد وأسبابه :

ومع هذه الشورى والاجتهاد الجماعى وقع الاختلاف بينهم فى الاجتهاد ، وهذا الاختلاف يرجع إلى أسباب نجملها فيما يلى :

أولا : اختلافهم فى فهم القرآن ، لأن دلالة آياته ليست قطعية كلها ، بل كثير منها ظنى الدلالة ، إما بسبب لفظ مشترك بين معنيين ، فيحمله واحد على أحد المعنيين بينما يحمله الآخر على المعنى الثانى لقرينة تظهر له . كما فى قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » والقرء فى اللغة مشترك بين الحيض والطهر ، فحمله بعضهم على الحيض ، وقال : عدتها ثلاث حيض ، وآخرون على الطهر . وقالوا : عدتها ثلاثة أطهار .

وإما بسبب لفظ اختلف فيه هل هو حقيقة أو مجاز : كاختلافهم فى أن الجد يحجب الإخوة من الميراث كالأب ، فذهب أبو بكر إلى ذلك ، لأن القرآن سماه أبا « واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحق ويعقوب (١) » ووافقه على ذلك ابن عباس وابن الزبير وابن عمر وحذيفة بن اليمان ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وعائشة وغيرهم . وخالفه فى ذلك على وزيد بن ثابت وابن مسعود فقالوا لا يحجبهم بل يتقاسمون الميراث ، فلم يجعلوه بمنزلة الأب ، وتسميته فى القرآن بالأب كانت بطريق المجاز . والرواية عن عمر مختلفة وإن كان المشهور عنه أنه يوافق

---

(١) يوسف — ٣٨

أبا بكر فى رأيه ، ولقد أثر عنه أنه كان يقول لزيد وعلى : لولا رأيكما لاجتمع رأيى ورأى أبى بكر فى الجد . كيف يكون إبنا لى ولا أكون أباه (١) .

وإما بسبب تعارض ظواهر النصوص ، مثل اختلافهم فى عدة الحامل المتوفى عنها زوجها ، فقال على رضى الله عنه تعتد بأبعد الأجلين جمعاً بين الآيتين (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً (٢)) وآية (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن (٣)) ، وقال عمر وابن مسعود تعتد بوضع الحمل عملا بالآية الأخيرة لتأخرها فى النزول .

ثانيا : اختلافهم فى فهم السنه كذلك مع اختلافهم فى حفظها ، فإنها لكثرتها لم يتيسر لواحد منهم حفظها كلها خصوصاً وأنها لم تكن مكتوبة . فنشأ عن ذلك أن أحدهم يفتى برأيه حيث لم يوجد عنده حديث بينما يخالفه الآخر لوجود الحديث عنده .

ثالثا . استعمالهم للرأى ، وهو يختلف باختلافهم ، لأنه لم يكن محدداً بنوع خاص كما نقلناه عن ابن القيم فيما تقدم .

رابعا : قد يكون الاختلاف راجعاً إلى اختلاف الزمن وتغير أحوال الناس كما فى مسألة ضوال الإبل ، فقد كانت فى عهد رسول الله ، وفى زمن أبى بكر وعمر لايتعرض لها أحد لنهى النبى عن ذلك بقوله للسائل : « مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الكلا (٤) » ، فلما تغيرت النفوس فى زمن عثمان أمر بتعريفها فإن وجد صاحبها سلمت له . وإن لم يوجد بيعت

---

(١) راجع شرح السراجية ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) البقرة - ٢٣٤ (٣) الطلاق - ٤

(٤) روى مسلم بسنده عن زيد بن خالد الجهنى أنه قال : جاء رجل إلى النبى=

واحتفظ بثمنها له حتى يجيء ، وفى زمن على رضى الله عنه ما كانت تباع ، ولكن تبقى على ذمة صاحبها ، وتعلف من بيت المال علفاً لا يسمنها ولا يهزلها ، لأنه رأى المصلحة فى ذلك (١) .

ولكن دائرة الاختلاف بينهم كانت محدودة لم تتشعب كما حدث فى العصور التالية لأمور :

١ ـ تقرر مبدأ الشورى بينهم ، فإن الشورى تقضى على الخلاف فى الغالب .

٢ ـ تيسر الإجماع لاجتماع كبار الصحابة وأهل الفتيا منهم فى المدينة

= صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، قال فضالة الغنم ، قال لك أو لأخيك أو للذئب ؛ قال فضالة الابل قال : مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها .

وفى رواية قال : عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم استنفق بها فإن جاء ربها فأدها إليه ، قال فضالة الغنم ، قال : خذها فانما هى لك أو لأخيك أو للذئب ـ

أعرف وكاءها وعفاصها أى لتعلم صدق واصفها من كذبه . والعفاص الوعاء الذى يكون فيه اللقطة جلدا كان أو غيره . والوكاء هو الخيط الذى يشد به الوعاء لك أو لأخيك أو للذئب . هذا ندب إلى أخذ ضالة الغنم صيانة لها عن الضياع أى لك أخذها وإن لم تأخذها أنت يأخذها غيرك أو يأخذها الذئب .

قال النووى . فإذا أخذها وعرفها سنة وأكلها ثم جاء صاحبها لزمته غرامتها عندنا وعند الحنفية : راجع صحيح مسلم الجزء الأول من القسم الثانى ص ١٢٤

(١) راجع شرح الباجى على الموطأ ج ٦ ص ١٤٢ .

عاصمة الخلافة ، فقد كان عمر ينهاهم عن الخروج إلى جهة أخرى إلا بإذن خاص منه .

٣ — تورعهم عن الفتيا ، وإحالة بعضهم على بعض . يقول ابن القيم (١) . وكان السلف من الصحابة والتابعين يكرهون التسرع فى الفتوى ، ويود كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره ، فإذا رأى أنها قد تعينت عليه بذل اجتهاده فى معرفة حكمها من الكتاب والسنة ، أو قول الخلفاء الراشدين ثم أفتى .

ويروى عن عبد الرحمن بن أبى ليلى أنه قال : « أدركت عشرين ومائة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث ، ولا مفت إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا » .

٤ — قلة رواية الحديث لتحذير عمر لهم من ذلك خوف الكذب على رسول الله (٢) . كما كان يطلب ممن روى له حديثا البينة على أنه سمعه من رسول الله .

روى البخارى (٣) بسنده إلى عبيد بن عمير قال : استأذن أبو موسى على عمر

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٧ .

(٢) ولقد أصاب الفاروق فى ذلك لأن بعض الذين رووا الأحاديث بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم اشتبه عليهم بعضها . يدل لذلك مارواه مطرف بن عبد الله أن عمران بن حصين قال : والله إن كنت لأرى أنى لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين ، ولكن بطأنى عن ذلك أن رجالا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت ، ويحدثون أحاديث ما هى كما يقولون ، وأخاف أن يشبه لى كما شبه لهم ، فأعلمك أنهم كانوا يغلطون لا أنهم كانوا يتعمدون ، تأويل مختلف الحديث لابن قتيبة ص ٤٩ .

(٣) صحيح البخارى ج ٩ ص ١٣٣ .

فكأنه وجده مشغولا ، فرجع فقال عمر : ألم أسمع صوت عبد الله بن قيس أئذنوا له ، فدعى له فقال : ماحملك على ماصنعت ، فقال : إنا كنا نؤمر بهذا ، قال : فأتى على هذا ببينة أولا فعلن بك ، فانطلق إلى مجلس من الأنصار فقالوا : لايشهد إلا أصاغرنا ، فقام أبو سعيد الخدرى فقال : قد كنا نؤمر بهذا ، فقال عمر : خفى على هذا من أمر النبي صلى الله عليه وسلم ألهانى الصفق بالأسواق .

وكان أبو بكر قبله لايقبل حديثاً من راو إلا إذا جاءه بشاهد على صدقه يروى لنا مالك (١) بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أنه قال : « جاءت الجدة إلى أبى بكر الصديق تسأله ميراثها ، فقال لها أبو بكر : مالك فى كتاب الله شىء ، وماعلمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً ، فارجعى حتى أسأل الناس ، فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ ، فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال مثل ماقال المغيرة ، فأنفذه لها أبو بكر الصديق » . وكذلك علىّ من بعده كان يحلف الراوى على أنه سمع الحديث من رسول الله (٢) .

---

(١) الموطأ شرح الباجى جـ ٦ ص ٢٣٧ .

(٢) جاء فى تأويل مختلف الحديث ص ٤٨ « وكان عمر شديداً على من أكثر الرواية أو أتى بخبر فى الحكم لا شاهد له عليه ، وكان يأمرهم بأن يقلوا الرواية يريد بذلك ألا يتسع الناس فيها ويدخلها الشوب ، ويقع التدليس والكذب من المنافق والفاجر والأعرابى » .

وفى ص ٤٩ « وقال على رضى الله عنه : كنت إذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حديثاً نفعنى الله بما شاء منه ، وإذا حدثنى عنه محدث استحلفته فإن حلف لى صدقته ، وإن أبا بكر حدثنى ، وصدق أبو بكر » .

وراجع كذلك كتاب أبى يوسف فى الرد على سير الأوزاعى والتعليقات عليه ص ٣٠ وما بعدها .

وهنا أمور يجب ملاحظتها

الأول : أن الفقه فى هذه المرحلة كان واقعياً عملياً يتبع الحوادث بعد وقوعها كما كان فى عصر النبوة ، فلم يفترضوا وقوع حوادث ثم يقدروا لها أحكامها ، كما فعل بعض الأئمة فيما بعد لضيق وقتهم عن هذا العمل ، ولغلبة الورع عليهم ، وشدة تحرزهم من الخطأ حتى كان الواحد منهم إذا جاءه مستفت أحاله على غيره .

وقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استفتى فى مسألة سأل عنها ، فإن قيل له وقعت أفتى فيها ، وإن قيل له لم تقع قال : دعوها حتى تكون .

الثانى : أن الصحابة لم يتركوا فقهاً مدوناً ، بل أحكاماً وفتاوى محفوظة عنهم ، وعدم تدوينهم لها يدل على مبلغ احترامهم لحرية الرأى ، وأنه لا يلزم أحد بالتزام رأى معين قد يكون صواباً ، وقد يكون خطأ ، وعباراتهم السابقة ناطقة بذلك ، (١) ولئلا يشتغل الناس بتلك الفتاوى عن القرآن ، وهذا احتياط منهم كما احتاطوا بعدم جمع السنة خوف اختلاطها بالقرآن .

وإنما اقتصر التدوين والكتابة على القرآن فقط حيث جمع مرتين . إحداهما فى زمن أبى بكر ، والأخرى فى زمن عثمان ، وسنفصل ذلك فى موضعه إن شاء الله .

الثالث . أنهم لم يكونوا فى استعمال الرأى فى درجة واحدة ، بل كان منهم

---

(١) يقول السرخسى فى أصوله ج ٢ ص ١٠٧ : والدليل على أن الخطأ محتمل فى فتواهم ماروى أن عمر سئل عن مسألة فأجاب ، فقال رجل : هذا هو الصواب ، فقال عمر : والله مايدرى عمر أن هذا هو الصواب أو الخطأ ولكنى لم آل عن الحق»

من يتحرج فى الأخذ به خشية الكذب فى دين الله ، وأن الرأى مهما كان عرضة للخطأ ، والحكم به حكم بغير دليل واضح من الشرع ، وكان على رأس هذه الطائفة عبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت .

ومنهم من توسع فيه لكنه ينسب الخطأ إلى نفسه — كما سبق — وعلى رأس هذه الطائفة عمر ، وعلى ، وعبد الله بن مسعود .

وهذا الاختلاف فى طريقة الاجتهاد كان تمهيداً لتكوين مدرستين للفقهاء عرفتا فيما بعد باسم مدرسة الحديث ومدرسة الرأى .

الرابع : أنه فى هذا العصر وجدت اجتهادات تبعاً للمصلحة غيرت بعض الأحكام التى كان العمل بمقتضاها فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم خصوصاً فى عهد الخليفة الثانى عمر الفاروق رضى الله عنه . كما فى مسألة إيقاع الطلاق الثلاث ، وتقسيم الغنيمة ، وإسقاط سهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة ، وهذا التغيير ليس نسخاً كما توهمه البعض (١) ، بل هو تغيير الحكم تبعاً لتغير علته ، أوزوالها ، وهو يتفق مع مبادىء الشريعة السامية التى تساير الزمن ، ولا تتخلف عن ركب الحضارة .

المرحلة الثانية : وهى عصر صغار الصحابة والتابعين « عصر الأمويين » . فى هذه المرحلة جدت أحداث سياسية ، وغير سياسية كان لها أثر ظاهر فى الفقه

---

(١) جاء فى كتاب أصول القانون للدكتورين السنهورى وحشمت أبى ستيت ص ١٣٦ فى بحث الكلام على الشريعة الإسلامية وتأثير الفقه والقضاء فى تكوينها ما نصه « إن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئاً فى اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبى عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها ، كما فعل فى حرمان المؤلفة قلوبهم ، وفى إيقاع الطلاق الثلاث » .

جعلته يختلف فى أسلوبه عما كان عليه فى المرحلة السابقة ، وهـذه الأحداث نجملها فيما يأتى .

أولا : انقسام الأمة بسبب الخلافة والأحق بها إلى طوائف (١) ثلاث :

١ — **خوارج** : وهم جماعة من المسلمين لم يعجبهم سياسة عثمان فى خلافته ، كما لم يعجبهم قبول على للتحكيم ، وتولى معاوية الخلافة بالقوة ، فخرجوا على الجميع ، وجعلوا مبدأهم : أن الخليفة يجب أن يختار بانتخاب حر من المسلمين . بصرف النظر عن كونه قرشياً أو غير قرشى . عربياً كان أو غير عربى ، متى كان كفؤاً ، وأن الخليفة تجب طاعته مادام عمله فى حدود القرآن والسنة فإذا خرج عن ذلك وجبت معصيته ، ولقد استعملوا العنف فى سبيل تحقيق مبدأهم ، وظلوا على ذلك طوال عهد الأمويين ، وشطراً من عصر العباسيين .

٢ — **شيعة** : وهم الذين تشيعوا لعلى وذريته ، ورأيهم فى الخلافة : أنها تقصر على علىّ وذريته ، لأن رسول الله أوصى بالخلافة له من بعده ، وهؤلاء اختلفوا فى مسلكهم فكان منهم المعتدلون ، ومنهم المتطرفون . الأمر الذى جعلهم يتنوعون إلى زيدية ، وإسماعيلية ، وكيسانية ، واثنى عشرية ، وغير ذلك مما حدثنا التاريخ عنهم .

٣ — **جمهور معتدل** : وهم أهل السنة والجماعة الذين لم يذهبوا مذهب هؤلاء ولا مذهب هؤلاء .

---

(١) أما المرجئة وهم الذين اشتهروا أول الأمر بالاعتدال وعدم الغلو كما غلت الشيعة والخوارج ، فهم لا يخرجون عن جمهور المسلمين الذين رضوا حكم بنى أمية إذا استثنينا غلاتهم كجهم بن صفوان ، لأنهم لم يكفروا أحداً بمعصية مهما بلغت تاركين أمر الفصل فى ذلك لله وحده . تاريخ الإسلام للدكتور حسن ابراهيم ج ١ ص ٤١٧ .

وكان رأيهم فى الخلافة : أنها ليست وصية لأحد ، بل الخليفة ينتخب من أكفاء قريش عملا بالحديث « الأئمة من قريش » (١) ، كما كان رأيهم فى الصحابة أنهم سواء ، وأن ماصدر عنهم من الخلاف كان اجتهاداً أو تأويلا .

وهذه الطوائف الثلاث تميزت كل واحدة منها عن غيرها بسبب اختلافهم فيما يستدل به من السنة ، فالشيعة لايقبلون حديثاً إلا إذا كان مروياً عن آل بيت الرسول ، والخوارج لايقبلون إلا المروى عن رجالاتهم ، والجمهور يقبلون ماصح من الأحاديث بصرف النظر عن راويه .

ثانيا : انصراف الخلفاء الأمويين إلى السياسة ، وابتعادهم عن سيرة السلف من الخلفاء ، فأحدثوا أموراً لم تكن مشروعة فى الإسلام . مما جعل العلماء ينظرون إليهم نظرة أخرى غير نظرتهم للخلفاء الراشدين ، فاجتنبوهم ، وحصلت الجفوة بينهم ولم يعد للشورى مكانها الأول .

فلقد أحدثوا ولاية العهد ، فكان الخليفة يجمع الناس فى حياته ليعقد البيعة لابنه أو لأخيه إن لم يكن له ابن ينتزع ، منهم بيعة صورية يكره الناس عليها بقوته وسلطانه ، ولايترك الأمر شورى للمسلمين .

ولما فى هذا الأمر من مخالفة لأصول الشريعة أباه الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز ، وأعلن فى الناس أنه متنازل عن الخلافة لما آلت إليه ، فلقد دخل المسجد بعد أن تولى الخلافة مباشرة ومعه المسلمون فصعد المنبر ثم قال : « أيها الناس إنى قد ابتليت بهذا الأمر عن غير رأى منى فيه ولاطلبة له ولا مشورة من المسلمين وإنى قد خلعت مافى أعناقكم من بيعتى فاختاروا لأنفسكم » .

---

(١) وفى حديث آخر « إن هذا الأمر فى قريش لا يعاديهم أحد إلا كبه الله على وجهه ما أقاموا الدين »، وهو يرشد إلى أن المراد بالحديث الذى معنا « الأئمة من قريش » إرشاد لقريش أن تتمسك بهذا الدين وتتولى شئونه حتى يكون لها الإمامة .

فتصارع من فى المسجد من المسلمين وقالوا بصوت واحد : قد اخترناك يا أمير المؤمنين .

ولما حضرته الوفاة طلب منه الناس أن يعهد بالخلافة إلى من يحب أبى وحذر المسلمين أن يقعوا فيما وقع فيه بنو أمية من الخروج على الإسلام فى أصل من أصوله .

كما خالفوا حكم الإسلام فى التبنى الذى أبطله القرآن ، فقد استلحق معاوية زياد بن أبيه (١) ، واعترف بأخوته له .

وفى هذا يقول سعيد بن المسيب : قاتل الله فلاناً « يريد معاوية » كان أول من غير قضاء رسول الله ، وقد قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ومعنى الحديث : الولد للفراش ، أى لصاحب الفراش ، أى لمن كانت المرأة فراشاً له ، وللعاهر الحجر أى للزانى الحجر ، والمراد به الحرمان والخيبة ، والمعنى ليس للزانى شىء فى الولد . والعرب تقول : له الحجر وبفيه التراب ، ويريدون . ليس له إلا الخيبة ، وقيل كنى بالحجر عن الرجم بالحجارة إذا زنى (٢) .

وأكثر من هذا أن بعضهم كان يعمل برأيه ، فإذا ماروى له مايخالفه من السنة تمسك برأيه .

---

(١) وزياد هذا هو بن عبيد الرومى وقبل استلحاق معاوية وفرح به مع أنه يعرف نسبه . فعل ذلك والرسول يقول فى شأن التبنى « من ادعى لغير أبيه فليتبوأ مقعده من النار » ويقول « من رغب عن أبيه فهو كفر » رواهما الشيخان .

(٢) راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٧ ، وشرح السندى لسنن ابن ماجه ج ١ ص ٦١٩ .

يقول الإمام الشافعي في رسالته ص ٤٤٦ : أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار « أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال له أبو الدرداء : سمعت رسول الله ينهى عن مثل هذا ، فقال معاوية : ما أرى بهذا بأساً ، فقال أبو الدرداء : من يعذرني من معاوية ! أخبره عن رسول ويخبرني عن رأيه ؟ ! لا أساكنك بأرض (١)

. ويعلق على ذلك الشافعي فيقول :

---

(١) السقاية الإناء الذي يشرب فيه . من يعذرني : أي من يقوم بعذري إن كافأته على سوء صنيعه فلا يلومني .

وهذا الأثر رواه النسائي في سننه . ثم إن هذه القصة وقعت لمعاوية مع صحابي آخر هو عبادة بن الصامت . راجع تعليقات الشيخ أحمد شاكر على الرسالة

وليس معنى هذا أن كل خلفاء بني أمية كانوا يفعلون ذلك ، وإنما معناه أن ذلك كان طابعهم العام خصوصاً في أول عهدهم ، وإلا فقد أثر عن عمر بن عبد العزيز خلاف ذلك ، فما كان يرى حرجا في ترك قضائه ورأيه إذا ظهر أنه يخالف قضاء رسول الله .

يقول الشافعي في رسالته ص ٤٤٨ : أخبرنا من لا أتهم عن ابن أبي ذئب عن مخلد ابن خفاف قال : « ابتعت غلاما فاستغللته ، ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز ، فقضى لي برده وقضى علي برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال: أروح اليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان ، فعجلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة عن عائشة عن النبي ؛ فقال عمر : فما أيسر علي من قضاء قضيته الله يعلم أني لم أرد به إلا الحق فبلغني فيه سنة عن رسول الله ، فأرد قضاء عمر ، وأنفذ سنة رسول الله ؛ فراح إليه عروة فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به علي له » .

كما يروى لنا الشافعي أيضاً في ص ٤٥٠ من رسالته فيقول : أخبرني من لا أتهم من أهل المدينة عن ابن أبي ذئب قال: قضى سعد بن ابراهيم (وهو قاضي المدينة وجده

فرأى أبو الدرداء الحجة تقوم على معاوية بخبره ، ولما لم ير ذلك معاوية فارق أبو الدرداء الأرض التى هو بها إعظاماً لأن ترك خبر ثقة عن النبى .

و من ذلك تصرفات معاوية فى أموال المسلمين فقد أنفقها على غير سنن الخلفاء الراشدين أنفق الكثير منها لمصلحته الخاصة ،فكان يشترى ضمائر كثير من أهل الكوفة والبصرة ليفسدهم على علىّ واستمر على ذلك حتى بعد أن استقام له الأمر ليجمع الناس حول عرشه .

ثم أحدث مظاهر الترف التى لم يسبق بها فبنى لنفسه قصراً فخما سخر فيه آلاف العمال لنقل الأحجار من الرمال .

فقال له أبو ذر الغفارى فى صراحة « إن كانت هذه الأموال التى تشيد بها قصرك من أموال المسلمين فهى الخيانة وإن كانت من أموالك فهو الترف والاسراف » .

وكلمه مرة أخرى بشأن المال فى خلافة عثمان فقال له (إن أموال الفىء من حقوق المسلمين جميعاً ، وليس لك أن تختزن منها شيئاً ، ولكنك خالفت الرسول وأبا بكر وعمر وكنزتها لك ولبنى أمية ، لقد أغنيت الغنى وأفقرت الفقير) .

وفى مناسبة أخرى يقول : (لقد حدثت أعمال ما أعرفها والله ما هى

= عبد الرحمن بن عوف) على رجل بقضية برأى ربيعة بن عبد الرحمن « ربيعة الرأى » فأخبرته عن النبى بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبى ذئب ، وهو عندى ثقة يخبرنى عن النبى بخلاف ما قضيت به فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد : واعجباً أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأرد قضاء رسول الله ؟ ، بل أرد قضاء سعد بن أم سعد وأنفذ قضاء رسول ، فدعا سعد بكتاب القضية فشقه وقضى للمقضى عليه »

فى كتاب الله ولا فى سنة نبيه ، والله إنى لأرى حقاً يخبو وباطلا يحيا وشرهاً بغير تقى) .

ولقد استباحوا حرم المدينة ومكة مع أن الله حرم مكة فى كتابه ،ورسوله حرم المدينة ، فبدأ يزيد بن معاوية فاستباح المدينة ثلاثة أيام .

وجاء من بعده عبد الملك بن مروان فأذن للحجاج فى أن يستبيح مكة ففعل فيها كل ما سولت له نفسه من إجرام لتخضع تلك البلاد المقدسة لبنى أمية .

ولا تنس ما فعله ابن زياد عن أمر يزيد بن معاوية من قتل الحسين وأبنائه وأخوته وسبي بنات النبي صلى الله عليه وسلم .

ثالثاً : تفرق علماء المسلمين فى الأمصار الأخرى بعد أن كان عمر يمنعهم من الخروج من المدينة ، ليسهل التشاور فى أمر المسلمين، وهذا التفرق مدعاة للاختلاف وتشعب الاجتهادات ، لأن كل واحد يفتى بما يراه بعد اجتهاده من غير أن يلقى أخاه ويناقشه رأيه .

وإذا كان كل أقليم له عرفه وعاداته ، فالفقيه يتأثر فى اجتهاده بالبيئة التى يعيش فيها ، فيفتى بما يلائم أحوالها ، وكذلك القاضى ، فاختلفت أحكام القضاء ، حيث كانت القضية الواحدة ترفع فى وقت واحد إلى قاضيين فى مكانين مختلفين فيحكم فيها بحكمين مختلفين تبعا لاختلاف الاجتهاد الأمر الذى تنبه له بعض(١) المفكرين فى عهد العباسيين فأشار على أحد خلفائها بجمع الناس على رأى معين ، وإلزامهم به ، ومن هنا جاءت محاولة المنصور العباسى مع الإمام مالك بن أنس ، ومن بعده هارون الرشيد .

---

(١) هو عبد الله بن المقفع الذى كتب كتاباً إلى المنصور يبين له مساوىء الاختلاف فى الاجتهاد فى القضاء ، ويشير عليه بأن يجمع الناس على رأى واحد ، ويلزمهم العمل به دون غيره .

رابعا : شيوع رواية الأحاديث لما دفعتهم الحاجة إلى البحث عن الحديث، وتبع كثرة التحدث عن رسول الله ظهور الوضاعين للحديث ، فألفوا المقالات وصاغوها على هيئة أحاديث نسبوها إلى الرسول تحقيقا لرغبتهم فى إفساد الدين ، وهذا من غير شك يتعب الفقيه، لأنه مضطر أولا إلى البحث عن صحة الحديث قبل الاستدلال به .

خامسا : اتجاه الجمهور المعتدل فى مسلكهم الفقهى إلى ناحيتين . الوقوف عند النصوص ، والتوسع فى استعمال الرأى والاجتهاد فتفرقوا فرقتين .

فرقة وقفت عند النصوص ، فتوقفوا عن الإفتاء إذا لم يجدوا نصاً آخذين بظاهر قوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم)[1] فسموا لذلك بأهل الحديث .

وفرقة أخرى رأت أن أحكام الله معللة بعلل وشرعت لغايات ، فتبعت علل الأحكام وتوسعت فى استعمال الرأى . مستندين إلى فعل كبار الصحابة ، فسموا لذلك بأهل الرأى ، وكان مركز الفريق الأول المدينة بالحجاز ، ومركز الفريق الثانى الكوفة بالعراق، ولقد كان الفقه فى مدرسة الحديث واقعياً ، فلم يفرضوا المسائل ، ويقدروا لها أحكامها .

وفى مدرسة الرأى كان واقعياً أول الأمر ، ثم اتجه إلى الفرض والتقدير لما وضعوا الضوابط والقواعد ليفرعوا عليها ، فما وقع من الحوادث أعطوه حكمه ، وما لم يقع فرضوه وأعطوه من الأحكام ما يتفق مع هذه الضوابط .

---

(١) الإسراء : ٢٦

ولقد شاع فى مناقشتهم . أن يقولوا فى فروضهم : أرأيت لو كان نذا وكذا . حتى سماهم خصومهم بالأرأيتيين .

والسبب فى اختلاف المدرستين . أن الحياة فى الحجاز سهلة لبداوتها ، وما يجد فيها من الحوادث قليل ، والأحاديث موفورة ، وفتاوى أبى بكر وعمر كذلك ، فلم يكن هناك مايدعوهم إلى استعمال الرأى إلا فى القليل النادر ، وأما العراق فبلد فيه حياة جديدة ، ومدنيات مختلفة ، والحوادث كثيرة ، والأحاديث لم تكن بالكثرة التى فى المدينة ، وتشدد العلماء فى شروط قبول الحديث بسبب ظهور الوضاعين للحديث هناك كل ذلك جعلهم يتوسعون فى استعمال الرأى .

تلك هى أهم الأحداث التى حدثت فى هذه المرحلة ، ومنها اتسعت دائرة الخلاف مما يتعذر معه الإجماع إلا ما كان عن طريق المصادفة .

وقد انقضت هذه المرحلة ولم يدون فيها شىء من السنة أو الفقه ، ولم تتكون فيها مذاهب معينة ، فهى تشبه المرحلة السابقة من هذه الناحية ، وتخالفها من ناحية كثرة الاختلاف ، وتشعب الآراء .

المرحلة الثالثة : وهى تبدأ من أواخر عصر الأمويين وتنتهى فى منتصف القرن الرابع الهجرى تقريباً حين ضعفت الدولة العباسية ، وانقسمت إلى دويلات صغيرة تابعة للخلافة إسما فقط .

فى هذه المرحلة نشط الفقه نشاطا عظيما ، واتسعت دائرته ، وأصبح علماً قائماً بنفسه بعد أن كان مقصوراً على الإفتاء والقضاء ، ووجدت طائفة من العلماء تخصصت فيه ، ووقفت حياتها عليه .

وتعتبر هذه المرحلة - بحق - مرحلة ازدهار الفقه الإسلامى ، وتمامه لأسباب عديدة منها :

أولا ــ عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء :

لأن دولتهم قامت باسم الدين لإرجاع الخلافة إلى آل بيت الرسول ، فصبغت بصبغة الدين وإن كان هذا فى ظاهر الأمر ، لذلك شجعت العلماء وقربتهم .

فالمنصور يحاول تقريب الإمام مالك إليه ، ويشير عليه بأن يجعل كتابه الموطأ دستوراً للدولة تسير عليه ، ويترك الناس ماعداه ، وقيل : إنه هو الذى أمره (١) بوضع هذا الكتاب ، فلما انتهى منه شاوره فى أن يجعله دستوراً للدولة .

والمهدى يفعل مع قضاته مايزيدهم رفعة ، من ذلك ماروى أن شريكا « القاضى » دخل عليه ، فقال الخليفة للخادم : هات عود القاضى . يعنى البخور إكراما لقاضيه ، فجاء الخادم بعود يضرب به ، لأنه لم يدرك غرض الخليفة ، ووضعه فى حجر شريك ، فقال ماهذا ؟ فبادر المهدى ، وقال : هذا عود أخذه صاحب العسس البارحة فأحببت أن يكون كسره على يديك . فدعا له وكسره(٢).

وهارون الرشيد يكرر محاولة تقريب الإمام مالك إليه ، ثم يقرب أبا يوسف صاحب أبى حنيفة ، ويكل إليه أمر القضاء والقضاة ، ويطلب منه وضع كتاب فى نظام الإسلام للأموال وجبايتها ، ليكون دستوراً للدولة تسير عليه فى هذا الباب ، فيستجيب أبو يوسف ويؤلف كتاب الخراج ، ومرة أخرى يرسل ولديه الأمين والمأمون لسماع موطأ الإمام مالك منه فى المسجد مع عامة الناس .

---

(١) فقد روى أنه طلب منه أن يؤلف كتاباً يتجنب فيه شدائد عبدالله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس ، وشواذ عبدالله بن مسعود ، وأن يوطئه للناس توطيئا .

(٢) تاريخ القضاء ص ١٢٢ .

والمأمون من بعده يفتح بابه للعلماء ، ويعقد بينهم المناظرات فى مجلسه ، ويشجع المتفوقين منهم .

فهذا التشجيع وتلك العناية تبعهما إطلاق الحرية للفقهاء فى اجتهادهم ، فاجتهد كل فقيه حسب الطريقة التى رسمها لنفسه ، ومن هنا تعددت الآراء فى المسألة الواحدة كما أن القضاة لم يقيدوا بالقضاء برأى معين فاتسع المجال أمامهم حتى أخذت القضية الواحدة أكثر من حكم حينما تعرض على قضاة مختلفين فى وقت واحد فى بلدان مختلفة ، وهذه الأقضية وتلك الآراء تدخل فى دائرة الفقه فتزيدها اتساعا .

ومن مظاهر هذه الحرية أن القاضى كان يحكم على الخليفة حينما يختصمه شخص من عامة الناس ، ويجد الحق فى جانب خصمه ، فيخضع الخليفة لهذا الحكم ثم ينفذه، كما روى عن أبى يوسف أنه قضى على هارون الرشيد فى خصومة له مع نصرانى .

ومما ينبغى ملاحظته: أن حرية الاجتهاد ظلت مكفولة من الخلفاء مادامت بعيدة عن مسائل الخلافة والسياسة ، فإذا مستها من قريب أو بعيد كان المنع ، بل كان الضرب والتعذيب ، كما حدث للإمام مالك لما أفتى بعدم وقوع طلاق المكره ، وقد كان الخلفاء العباسيون حينما يأخذون البيعة يحلفون الناس بالطلاق على عدم نقضها .

ثانيا : اتساع الدولة الإسلامية : مما أدى إلى وجود خليط من العادات والتقاليد . وكثرة الأحداث التى تتطلب أحكاماً شرعية . وحرص المسلمين فى كل مكان على أن تكون أفعالهم وتصرفاتهم مطبوعة بالطابع الإسلامى موافقة لمبادىء الشريعة وأحكامها . هذا الحرص جعلهم يرجعون إلى الفقهاء يستفتونهم فى كل مايعن لهم . والفقهاء من جانبهم حريصون على القيام بواجبهم . فما ردوا سائلا بدون جواب .

وقد تبع اتساع الدولة الإسلامية وترامى أطرافها أن تعددت مراكز الفقه فيها . ففى الحجاز نجد المدينة بفقهائها ، ومكة بعلمائها الذين استوطنوها أو وفدوا إليها فى مواسم الحج، وفى العراق مقر الخلافة اشتهرت الكوفة والبصرة ومن بعدهما بغداد بكثرة الفقهاء ، كما نجد فقهاء آخرين عاشوا فى دمشق الشام ، أو فسطاط مصر ، وقد ورث هؤلاء وهؤلاء علم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين رحلوا إلى تلك البلدان ، كما أخذوا عنهم ماعندهم من الأحاديث فكان لكل مركز من تلك المراكز فقهه الذى يختلف عن فقه الآخرين من بعض الوجوه مما جعل نفوس الفقهاء تتطلع إلى ماعند غيرهم من علم وفقه ، فجاءت الرحلات العلمية التى قام بها بعض الفقهاء . كرحلة محمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفة إلى المدينة ، وتلقيه فقه الإمام مالك عنه وروايته كتابه الموطأ ، ورحلة الإمام الشافعى من الحجاز إلى العراق ، وبالعكس ، ومن العراق إلى مصر ، ورحلة الكثير من تلاميذ الإمام مالك إليه فى مدينة الرسول .

ولاشك فى أن هذه الرحلات أفادت الفقه كثيراً ، فزادت فى نشره ، وقربت بين المذاهب المختلفة ، بل ومزجت بينها فى بعض الأحيان ، كما فعل الإمام الشافعى فى فقه الحجازيين والعراقيين .

ثالثا : شيوع الجدل والمناظرات بين الفقهاء :

لما تعددت المذاهب ، وتكونت رغبة أصحاب كل مذهب فى معرفة مافى المذاهب الأخرى كى يقارنه بما عنده ليتبين له إن كان على صواب أم خطأ ، فإذا التقى فقيهان فى مجلس سأل أحدهما الآخر عما عنده فى مسألة معينة ، فإذا أجابه بما يخالف ماوصل إليه باجتهاده ناقشه رأيه ، ويطول الأخذ والرد بينهما حتى يسلم أحدهما للآخر أو يتمسك كل برأيه إذا لم يقتنع بما يقوله الآخر .

وهكذا نشأت المناظرات بين الفقهاء مع تكوين المذاهب ، ثم تطورت وزادت حتى عمت المجالس كلها . فنى المساجد ، وحلقات الدرس ، ومجالس الخلفاء . وأماكن العزاء . كانت تعقد المناظرات ، ويحتدم الجدل بين أتباع المذاهب كل يدلى بما يؤيد مذهبه ، وقد تستمر المناظرة الواحدة أياماً عديدة يحاول كل طرف من المتناظرين ترجيح مذهبه ، فيفتش عن الأدلة التى تساعده .

وهذه المناظرات - كما ترى - لا تخلو من فائدة أقلها تمحيص الرأى والكشف عن الأدلة نتيجة التعمق فى البحث ، ولم يقتصر الأمر على المناظرة الشفوية ، بل تعداها إلى المناظرة بالمكاتبة ، كما وقع بين الإمام مالك وبين الإمام الليث بن سعد ، فقد تناظرا فى حجية إجماع أهل المدينة .

رابعا : ترجمة العلوم الأجنبية :

لما فتحت البلدان المختلفة ودخل سكانها من غير العرب فى الإسلام ، وهم أصحاب ثقافات عديدة لا عهد للعرب بها رغب المسلمون فى تعرف ما عند هؤلاء من ثقافات ، فترجمت العلوم إلى العربية ، ووقف الفقهاء على الكثير مما فيها ؛ فتأثروا بها ، وبخاصة بالمنطق والفلسفة ، لكن هذا التأثر لم يكن فى أصل الاستنباط ، وإنما كان فى طريقة الاستدلال على المسائل ، وترتيبه على مقدمات توصل إلى نتائجها . وأكثر ما كان ذلك فى المناظرات .

خامسا : التدوين :

لم يعن أحد بتدوين العلوم فى العصور السابقة على هذا العصر ، فلم يدون غير القرآن الذى كتب فى صحف متفرقة فى عهد الرسول ، ثم جمعت هذه الصحف بعد إعادة كتابتها وكون منها مصحف فى خلافة أبى بكر . ثم جمع المصحف مرة أخرى ووحد فى عهد عثمان ، أما غير القرآن من السنة

والاجتهادات التى وجدت فلم يدون منها شىء يذكر قبل هذه المرحلة ، وإن وجد فهو محاولات فردية لم تلبث أن ضاعت مع الزمن .

أما عصرنا هذا الذى نتكلم عنه فقد كان للتدوين فيه شأن كبير ، فدونت السنة ، وهى المصدر الثانى للفقه بعد القرآن ، كما وضع علم أصول الفقه ، وهو عبارة عن قواعد الاستنباط التى يسير عليها المجتهدون ، وترتيب الأدلة والشروط الواجب توافرها فى المجتهد ، كما دون الفقه نفسه ، فبعض الأئمة دون مذهبه بنفسه قبل وفاته ، ومن مات ولم يترك وراءه مذهباً مدوناً دونه تلاميذه من بعده ، كما حصل فى مذهب أبى حنيفة .

ولا ينكر ما لهذا التدوين من أثر فى ازدهار الفقه والعمل على نشره وذيوعه فقد ذلل الصعاب أمام الفقيه . فبعد أن كان يبحث عن الحديث ويتلقفه من ألسنة الرواة أضحى يجده أمامه ، كما أصبحت قواعد الاستنباط ميسرة له ، ولكن معظم الفقهاء بعد هذه المرحلة لم ينتفعوا بهذا التيسير ، فساروا فى طريق اخر ، طريق التقليد فحبسوا أنفسهم فى دوائر المذاهب لم يخرجوا عنها إلا فى القليل النادر ، كما سيأتى بيانه .

الفقه التقديرى :

وإذا كان الفقهاء فى عصرى الخلفاء الراشدين والأمويين قد ساروا مع الواقع فى اجتهاداتهم ، ولم يبحثوا عن غيره ، ولم يتركوا لنا فقهاً مدوناً ، كما لم توجد عندهم تجمعات عند رأى معين ، ولا التفاف حول صاحبه ، فإن فقهاء هذه المرحلة خلفوا لنا فقهاً مدوناً يتمثل فى مذاهب متعددة التف حولها الأتباع يقلدونها ويعملون بها ، فقهاً لم يقف عند أحكام ما وقع من أحداث ، بل تخطاها إلى عالم الفرض والتقدير ، فرض الحوادث وتقدير وقوعها .

واستنباط أحكام تلائمها استعداداً للبلاء قبل نزوله ، كما يقول أبو حنيفة ، فاذا وقع عرفنا الدخول فيه والخروج منه .

وكان هذا نتيجة حتمية لتخصص الفقهاء لفقههم . وجمع التلاميذ حولهم يسألونهم وهم يجيبون ، والتوسع فى استعمال الرأى . وكثرة الجدل والمناظرة بين الفقهاء ، وأخيراً كثرة الاستفسارات عن المسائل الغريبة التى تفنن فيها الداخلون فى الاسلام من غير العرب . وبخاصة أهل العراق .

وأول من عنى بهذا النوع من الفقه الإمام أبو حنيفة الذى برع فى علم الكلام . وما يقوم عليه من جدل ، وتوجيه السؤال تلو السؤال قبل أن يكون فقيهاً . فلما تفقه وصار إماما . والتف حوله التلاميذ يأخذون عنه الفقه كون من هؤلاء التلاميذ مجلس شورى يطرح عليهم المسائل . ويناقشهم فيها ؛ ثم تقلب المسألة على جميع وجودها وتقدر لها الأحكام المناسبة لها .

وقد كان طابع العراقيين عامة فى السؤال أن الواحد منهم لا يكتفى بسؤال ، فإذا سأل عن مسألة وأجيب عنها أردف ذلك بسؤال عن وجه آخر فى مسألته فيقول : أرأيت إن كان كذا ، ثم أرأيت وأرأيت . سلسلة من الأسئله متشابكة فى مسألة واحدة تقلب على وجوهها ، وقد تلد السلسلة سلسلة أخرى . كما روى عن الإمام مالك أنه قال يوماً لتلميذه أسد بن الفرات — لما أكثر من هذه الأسئلة — هذه سليسلة بنت سليسلة ، إن أردت هذا فعليك بالعراق (١) ،

ولما وجد أبو حنيفة شغف الناس فى بلده بهذا النوع من الأسئلة ، ووجد من نفسه قدرة على استخراج الكثير من الأحكام بمعونة التلاميذ وفر على الناس جهدهم وقام بفرض المسائل وتقدير أحكامها ، ثم تبعهم فى ذلك فقهاء الشافعية والمالكية فيما بعد ، ولكن عملهم هذا كان عملا تقليدياً

---

(١) فجر الاسلام ص ٢٩٧ .

محضاً ، فتغالوا فى فروضهم حتى فرضوا النادر الوقوع ، بل المستحيل الذى لا يقع .

مصادر الفقه فى هذه المرحلة :

كان الفقهاء فى هذا العصر يرجعون فى الاستنباط إلى كتاب الله وسنة رسوله بعد أن وضع كل فقيه الشروط لما يأخذ به من السنة ، وإلى أقوال الصحابة المتفق عليه منها والمختلف فيه والرأى الذى فصل إلى أنواع من قياس واستحسان ، واستصلاح وسد الذرائع ، وأخيراً إلى العرف الذى تجلى واضحاً فى هذا العصر لوجود أعراف كثيرة ظهرت نتيجة اتساع الدولة الإسلامية .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم

لما تكونت المذاهب فى الدور السابق ، وتميزت عن بعضها ، وجد لكل مذهب أتباع يقلدونه ، ويعملون به . ونتج عن ذلك أن ركدت حالة الاجتهاد المطلق ، وأخلد الراغبون فى الفقه إلى الوقوف عند هذه المذاهب . عكفوا عليها ، واشتغلوا بها ، وانتصروا لها بدعوة الناس إلى الانتساب إليها والعمل بها ، فألفوا كتباً فى مناقب الأئمة . وأصدروا فتاوى تمنع انتقال المقلد من مذهب إلى غيره .

وبهذا زادت المنافسة بين أتباع تلك المذاهب ، وانصرف الناس عن مصادر الشريعة الأولى ، كتاب الله . وسنة رسوله ، واشتغلوا بتفهم كلام الأئمة ، وما خلفوه من فتاوى ، والتفريع على أصولهم وقواعدهم ، حتى أصبحت الشريعة فى نظرهم هى أقوال أولئك الفقهاء ، وما أثر عنهم .

أسباب التقليد :

ويرجع انصراف الفقهاء عن الاجتهاد إلى التقليد إلى أمور .

الأول : أنهم وجدوا مذاهب مدونة كاملة فيها أحكام ما جد من الحوادث وما يمكن أن يحدث منها ، والنفوس بطبيعتها ميالة إلى الراحة .

الثاني : ضعف الدولة العباسية ، وانقسامها إلى دويلات صغيرة ، ففي الأندلس دولة للأمويين ، وفي مصر أخرى للاخشيديين ، وفي شمال أفريقية ثالثة للفاطميين ، هذا عدا ما وجد في العراق نفسها مقر خلافة العباسيين من دول بني بويه والسلاجقة وغيرهما ، والدولة — كما قدمنا — كانت تشجع العلماء وتقربهم وبعد هذا الانحلال لا تشجيع ولا تقريب ، فتكون النتيجة لذلك فتور الهمم ، والوقوف عندما ورثوه عن أسلافهم .

الثالث : أن الولاة والقضاة في هذا العصر كانوا يختارون من المقلدين لمذهب معين لإلزامهم بالحكم به بعد أن كانوا قبل ذلك يختارون من المجتهدين فالتزم بعض الراغبين في القضاء المذهب المتبع في الدولة كي يصل إلى مأربه .

الرابع : أنهم وجدوا بعض من لم يتأهل للاجتهاد يدعيه ، ويفتي الناس برأيه ، فعمدوا إلى سد الطريق أمامهم :فنادوا بقفل باب الاجتهاد . وادعوا الاجماع على ذلك منعاً لأولئك المدعين وأمثالهم من أن يضلوا عباد الله باسم اجتهادهم المزعوم (١) .

---

(١) جاء في خطط المقريزي ما ملخصه : إن القضاة في صدر الاسلام كانوا يولون من المجتهدين دون أن يلزموا بالقضاء برأى معين إلى أن تولى أبو يوسف وظيفة قاضي القضاة ، فما كان يشهر إلا بتولية حنفي غالباً ، ومن هنا بدأ تولى أتباع=

ومما يؤسف له أن هذا العمل — مع أنه لم يحقق غرضهم منه — جر على الفقه ويلات وويلات ، فبسببه وقف الفقه عن التقدم ، وفتح ثغرة لأعداء هذا الدين ينفذون منها للطعن فيه بالجمود وعدم مسايرته للزمن .

وينبغي هنا ملاحظة أن هذا التقليد لم يحصل دفعة واحدة ، وإنما جاء تدريجياً مع الزمن ، وسار مع الدولة التي كان لها الفضل في ازدهار هذا الفقه ، فلما ضعفت وانقسمت إلى دويلات صغيرة ترك الفقهاء الاجتهاد المطلق ، وقلدوا أئمتهم ، بيد أنهم لم يتركوا الاجتهاد بالكلية ، بل اجتهدوا في حدود المذاهب التي اعتنقوها ، ولما دالت تلك الدولة وقضى عليها نهائياً باستيلاء المغول على عاصمتها « بغداد » امتدت جذور التقليد في نفوس الفقهاء حتى تركوا كل ألوان الاجتهاد ، ولم يبق عندهم منه إلا ما أثر عن بعضهم من شيء من التمييز بين الأقوال ، وبيان قويها من ضعيفها ، وشغلوا أنفسهم بتأليف الكتب واختصار ما خلفه لهم الفقهاء السابقون ، وتباروا في هذا الاختصار حتى غدت تلك الكتب ألغازاً أو ما يقرب من الألغاز ، فكان عملهم هذا عاملا من عوامل تأخر الفقه .

= المذاهب القضاء ، وقد استمرت هذه الحالة إلى أواخر القرن الرابع الهجري حيث ضعفت الخلافة العباسية في هذا العصر ، وساد الفساد ولم يقتصر على حالة الدولة المدنية والحربية ، بل تعدى ذلك إلى القضاء أيضاً تولية من لايوثق به ومن ليس أهلا لهذا المنصب الخطير ، ومن ثم بدأت تشيع الفوضى في الفقه ، واختلفت الأحكام في الأقضية المتشابهة في البلد الواحد مع أنها تستند إلى شريعة واحدة ، وكان من جراء ذلك أن فزع رجال العلم من هذه الحالة التي وصل إليها الفقه ولم يجدوا مناصاً من الحكم - أواخر القرن الرابع الهجري - بإقفال باب الاجتهاد وتقييد القضاء والافتاء برأي الأئمة السابقين ، وبهذا اصبح الفقهاء والقضاة مقلدين لامجتهدين ، ومنذ ذلك التاريخ اقتصر الفقهاء على تقليد أئمة المذاهب الأربعة وانصرفوا عن البحث في مصادر الأحكام الشرعية واستنباط الأحكام منها .

ولقد حدد المؤرخون للفقه الإسلامى حداً زمنياً يفصل بين الفترتين ، هو سقوط بغداد فى أيدى التتر على يد قائدهم هولا كو لما دخلها ، وقتل المعتصم بالله آخر الخلفاء العباسيين فى سنة ٦٥٦ هـ ، فتكون فترة الاجتهاد فى المذاهب ثلاثة قرون تقريباً ، تبدأ من منتصف القرن الرابع ، وتنتهى فى منتصف القرن السابع ، تجىء بعدها فترة الجمود والتأخر ، وتستمر حتى أواخر القرن الثالث عشر .

ومن هنا انقسم هذا الدور إلى فترتين ،إحداهما فيها اجتهاد، والثانية خالية منه فقد قام الفقهاء فى أولاهما بعمل جليل مكمل لمذاهب الأئمة السابقين ، فقاموا :

أولا : بتعليل الأحكام المنقولة عن أئمتهم وضبطها ، حتى يتمكنوا من التفريع عليها .

ثانيا : استخلصت كل جماعة قواعد إمامها مما نقل عنه من الفروع ، وبهذا تمت قواعد علم الأصول ، وهو عمل جليل لولا ما صاحبه من التعصب الذى جعل هذه الأصول تلتوى أحياناً ، وتجانب الإنصاف أحيانا أخرى ،

وتبع تدوين علم أصول الفقه تدوين علم آخر يشبه علم أصول الفقه إلى حد ما وهو « علم الخلاف » وأول من أخرج هذا العلم وأسس قواعده الإمام أبو زيد الدبوسى المتوفى سنة ٤٣٢ هـ .

ثالثا : قاموا بالترجيح بين الآراء المختلفة فى المذهب الواحد ؛ وذلك لأن الإمام كان يرى رأياً فيأخذه عنه تلاميذه ؛ ثم يرجع عنه إلى غيره ، فيعيه بعض التلاميذ دون الآخرين . فلما نقلت هذه الآراء بحثها الأتباع ، ورجحوا بعضها على ضوء الأدلة .

هذا مجمل ما قام به الفقهاء فى تلك الفترة ، وهو عمل محصور فى دائرة

المذاهب ، بيد أنه كان لهم عمل آخر تعدى حدود المذاهب : وهو المناظرات بين أتباع المذاهب المختلفة ، مناظرات لم يقصد بها فى أغلب الأحيان إلا الانتصار للمذهب ، وإظهار الغلب على الخصوم ، لكنها على كل حال لم تخل من فائدة ، فقد كانت أحياناً توصل إلى تقييد قول مطلق ، أو تخصيص عام ، مع أنها كانت باعثة للهمم على البحث والتقصى عن علل وأدلة يؤيد بها المتناظرون أقوالهم ، وقد كان لهذا أثره فى كتب الفقه المؤلفة فى هذا الدور ، فإنها كثيراً ما تعرض للمذاهب الأخرى مع بيان أدلتها . ولم تلبث أن انقلبت فيما بعد إلى مهاترات مذهبية لا تعرف للحق طريقاً .

وأكثر ما كانت هذه المناظرات بين الحنفية والشافعية تارة ، وبين الشافعية والحنابلة تارة أخرى ، وأما المالكية فقد كانوا أبعد الناس عن تلك المناظرات .

وفى الفترة الثانية اتجه الفقهاء وجهة أخرى . اتجهوا نحو تأليف الكتب ، وقصروا هممهم على ذلك ، ولم يعد للتخريج والاستنباط مكان إلا فى القليل النادر .

وقد كانت الكتب فى أول أمرها سهلة مبسطة ، فلما فترت همم الطالبين اضطر العلماء إلى اختصارها ، ثم توالت عليها الاختصارات كلما رغب عنها الطلاب لطولها حتى غدت ألغازاً ، أو ما يشبه الألغاز ، وحينئذ عجز الراغبون فى الفقه عن فهمها ، فاضطر العلماء إلى شرحها ، ثم إلى شرح ما غمض من الشروح ، ثم توضيح ما خفى فى تلك الشروح الأخيرة . ونتج عن ذلك أن ترك لنا هذا العصر ألوانا من الكتب مختلفة الأساليب عرفت فيما بعد بالمتون والشروح والحواشى والتقريرات والتعليقات .

ومما يؤسف له أن كثيراً من هذه الحواشى وغيرها عنيت عناية خاصة بالبحث وراء الألفاظ والتراكيب وصحتها مما أضاع المعانى المطلوبة فى وسط هذه الأبحاث اللفظية فى كثير من المواضع .

ومن هذا نرى أن التقليد لم يفد الفقه الإسلامى بشىء ، بل أضر به ضرراً بالغاً ، فقد أضاع جهد رجاله الذين وقفوا حياتهم على تفهم أقوال أئمتهم ، بل

على تفهم عبارات صدرت عن فقهاء مثلهم ، لم يفضلوهم فى شىء غير تقدم الزمن بهم ، وتركوا النظر فى مصادر الشريعة الأولى . كتاب الله ، وسنة رسوله ظناً منهم أنهم لم يتأهلوا لهذا النظر ، وأن فضل الله قد ذهب به السابقون حتى لم يبق لمن جاء بعدهم منه نصيب ، فكانت ثمرات أعمالهم ما خلفوه لنا من تلك الكتب المعقدة التى تستعصى على الفهم فى كثير من موضوعاتها .

ومع هذا التقليد ، وذاك التعقيد فى التأليف لم يخل ذلك العصر من وجود فقهاء أو مصلحين بين آونة وأخرى يدعون المتفقهين إلى ترك التقليد . ويحثونهم على الاجتهاد ليعود للتشريع الإسلامى مكانته الأولى ، ووجود صنف آخر من الكتب فيه بساطة وسهولة ، وإن كان قليلا بجانب الصنف الأول .

فابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية قاما فى القرن الثامن الهجرى بهذه الدعوة فلقيت دعوتهما معارضة شديدة من دعاة التقليد وحماته ، ورغم هذه المعارضة وقسوتها ظلت باقية إلى وقتنا هذا ، لها كثير من الأتباع والأنصار .

وفى القرن الماضى قام المصلح العالمى السيد جمال الدين الأفغانى يدعو لتحرير الفكر سياسياً ودينياً وعلمياً ، وكان له تلاميذ فى كل قطر إسلامى اعتنقوا فكرته ، وعملوا على نشرها بعد وفاته سنة ١٨٩٨ م ، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ بمصر الأستاذ الإمام محمد عبده الذى حمل حملة على الكتب عامة فقهية وغير فقهية ، والتقليد ورجاله ، والقضاء وأسلوبه ، ولعل ما نلمسه الآن من نهوض فقهى فى مصر أثر من آثار تلك الصيحات التى أرسلها لتخليص الفكر من الجمود .

أما الكتب فقد ترك لنا المجددون فى الفقه الإسلامى كتبا فقهية سهلة المأخذ جمة الفائدة . مثل كتاب السياسية الشرعية لابن تيمية ، وكتابى إعلام الموقعين ، والطرق الحكمية لابن القيم وغيرها .

كما ترك غيرهم من الفقهـــاء المقلدين نوعا آخر من الـكتب .

هو كتب الفتاوى التى سارت مع الحياة العملية ، وجمعت أحكام الحوادث فى أسلوب سهل مفهوم مدعم بالنصوص الفقهية المأخوذ منها الحـكم ، وهى مفيدة إلى حد ما رغم أنها حلول جزئية لمسائل فردية .

وهذه الـكتب يجمعها أصحابها بعد أن يتوفر عندهم مجموعات كبيرة من هذه الفتاوى فيعمدون إلى تقسيمها إلى مجموعات تمثل أبواب الفقه ، ثم ترتب ، وهى فى الغالب تتبع طريقة ذكر السؤال ثم الجواب عنه مع ذكر النصوص المذهبية التى منها أخذ الجواب .

ولا شك فى أن هذه الطريقة سهلت معرفة كثير من الأحكام للقضاة والمفتين فيما بعد .

ولا يزال بعض هذه الـكتب من أهم المراجع الفقهية إلى الآن ، كما أن منها ما هو مطبوع متداول بين طلاب الفقه وغيرهم . كالفتاوى الهندية(١) والخانية والبزازية (٢) وثلاثتها مطبوعة فى مجموعة واحدة . الهندية فى ستة مجلدات ،

---

(١) وتسمى الفتاوى العالمـكرية . نسبة إلى الملك محمد أورنك زيب الهندى الملقب باسم « عالمـكير » أى فاتح العالم الذى ملك من سنة ١٠٦٩ إلى سنة ١١١٩ هـ الموافقة لسنة ١٦٥٨ - ١٧٠٧ م جمع هذا الملك فقهاء عصره من الحنفية برياسة الشيخ نظام الدين ووكل إليهم جمع الأقوال الصحيحة المعول عليها من المذهب ، ووضع تحت تصرفهم مـكتبة عظيمة وأجرى عليهم النفقات ، فقاموا بعملهم خير قيام ، وجمعوا هذه الفتاوى فأصبحت مرجعاً يستغنى به عن غيره ولا يستغنى بغيره عنه . وقد طبعت فى مصر مرتين الأولى سنة ١٢٨٢ هـ والثانية سنة ١٣٢١ هـ فى ستة مجلدات كبيرة .

(٢) الخانية نسبة إلى قاضى خان المتوفى سنة ٥٩٢ هـ والبزازية لابن البزاز الـكردى المتوفى سنة ٨٢٧ هـ

والخانية على هامش الأجزاء الثلاثة الأولى ، والبزازية على هامش الأجزاء الثلاثة الأخيرة فى الطبعة الثانية .

وكالفتاوى الخيرية لخير الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٨١ هـ وهو مطبوع فى جزأين ، والفتاوى الزينية لابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ .
والفتاوى المهدية للمهدى العباسى المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ :

ومنها ما بقى مخطوطاً إلى الآن فى دار الكتب المصرية ، كالفتاوى الظهيرية لظهير الدين أبى بكر المتوفى سنة ٦١٩ هـ فى مجلدين ، والفتاوى التتار خانية لعالم بن علاء الغزى فى خمسة مجلدات ، والفتاوى العتابية للعتابى المتوفى سنة ٥٨٦ هـ وغيرها أو فى مكتبة بلدية الاسكندرية . كالفتاوى السراجية لسراج الدين الهندى المتوفى سنة ٧٧٣ هـ ، وهذه كلها فى مذهب الحنفية ، ويوجد بالمذاهب الأخرى كتب للفتاوى كثيرة . كفتاوى (١) ابن تيمية الحنبلى المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وهى مطبوعة فى خمسة مجلدات سنة ١٣٢٨ هـ . وكالفتاوى الكبرى لابن حجر الشافعى المتوفى سنة ٩٧٤ هـ وهى مطبوعة فى أربعة مجلدات سنة ١٣٠٨ هـ ; وبها مشها فتاوى الرملى الشافعى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

وهذا النوع من الكتب إن دل على شىء فإنما يدل على أن الفقه الإسلامى لم يقف أمام ما يجد من الحوادث حتى فى عصور تأخره ، بل حاول — ما استطاع أصحابه — إيجاد الحلول وإن كان من طريق البحث فيما نقل عن الأئمة ، وما استنبطه الفقهاء تخريجاً على قواعد أئمتهم .

مراتب الفقهاء :

وإذا كان الفقه الإسلامى قد مر بمراحل مختلفة . فيها اجتهاد تقليد ، اجتهاد مطلق فى مصادر الشريعة الأولى . واجتهاد مقيد فى حدود مذاهب معينة

(١) هذه الفتاوى مختصر مبوب على أبواب الفقه للشيخ بدر الدين البعلى الحنبلى المتوفى سنة ٧٧٧ هـ وهو مطبوع فى مجلد بعنوان مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية .

وتقاليد اختلفت فيه همم المقلدين وما قاموا به من أعمال ، فكان طبيعياً أن تختلف مراتب الفقهاء .

ومن هنا قسم المشتغلون بالفقه المذهبي الفقهاء إلى مراتب ليكون من يفتي بقولهم على علم وبصيرة بحال الفقيه الذى يفتى بقوله وبمنزلته بين الفقهاء ، فلا يخلط بين الأقوال من غير تمييز بين صحيحها وسقيمها .

وفقهاء المذاهب متفقون على مبدأ التقسيم وإن اختلفوا فى عدد الطبقات . فبينما نجد ابن حجر الهيتمى من الشافعية يقول فى تقسيمه (١)

المجتهد إما مجتهد مطلق ، أو منتسب(٢) ، أو مجتهد مذهب أو فتوى ، ثم مجتهد المذهب هم أصحاب الوجوه الذين يخرجون المسائل على أصوله ، ويستنبطونها من قواعده ويجتهدون فى بعضها . إذ بنا نجد فقهاء الحنفية يجعلونها سبع طبقات، يقول ابن عابدين فى كتابه رد المحتار(٣) نقلا عن ابن كمال باشا من فقهاء الحنفية ، ما ملخصه

الفقهاء على سبع مرات :

الأولى : طبقة المجتهدين فى الشرع كالأئمة الأربعة ، ومن سلك مسلكهم فى تأسيس قواعد الأصول ، وبه يمتازون عن غيرهم .

الثانية : طبقة المجتهدين فى المذهب . كبعض أصحاب أبى حنيفة الذين استنبطوا

---

(١) راجع كتاب تاريخ القضاء فى الإسلام للقاضى محمود عرنوس ص ١٥٩

(٢) هذا التقسيم يقارب تقسيم الحنفية للمجتهدين ، فالمجتهد المطلق هو الطبقة الأولى عندهم والمنتسب هو الطبقة الثانية ، ومجتهد المذهب أو الفتوى هو طبقة المجتهدين فى المسائل وتركه لذكر بقية الطبقات لا يعنى عدم اعترافهم بها .

(٣) جـ ١ ص ٥٧

الأحكام للحوادث بناء على القواعد والأصول التى قررها أستاذهم ، فهم يخالفونه فى بعض الفروع ، ولكنهم لا يخالفونه فى الأصول .

الثالثة : طبقة المجتهدين فى المسائل التى لا نص فيها عن صاحب المذهب ، كالخصاف والطحاوى والكرخى والسرخسى وفخر الإسلام البزدوى ، فهؤلاء لايخالفون صاحب المذهب لا فى الأصول ولا فى الفروع ، ولكنهم يستنبطون الأحكام فى المسائل التى لا نص فيها على حسب الأصول والقواعد .

الرابعة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين ، كالجصاص « والرازى » وأمثالهما ، فهؤلاء لا يقدرون على الاجتهاد ، ولكنهم لإحاطتهم بالأصول ، وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذى وجهين ؛ أو حكم مبهم محتمل لأمرين منقول عن صاحب المذهب ، أو أحد أصحابه ، فعملهم يرجع إلى إزالة الخفاء والإبهام الذى يوجد فى بعض أقوال الأئمة .

الخامسة . طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين . كأبى الحسن القدورى ، وصاحب الهداية ، وأمثالها ، وعمل هؤلاء ينحصر فى ترجيح بعض الروايات على البعض الآخر كقولهم هذا أولى ، أو أرفق بالناس .

السادسة : طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى والضعيف وظاهر الرواية والنوادر ، كأصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين . كصاحب الكنز وصاحب المختار ، وهؤلاء لا ينقلون الأقوال الضعيفة ، ولا الروايات المردودة

السابعة : طبقة المقلدين الذين لايستطيعون شيئاً مما سبق ، فهؤلاء ينقلون الأقوال فقط من غير تمييز بين صحيحها وغير الصحيح منها .

الدور الأخير : دور النهضة الحالية

عرفنا أن الفقه الإسلامى مر بأدوار رئيسية ثلاثة ،وهى متمايزة عن بعضها تمام التمييز باعتبار الغرض الأصلى فى كل دور ، فدور التأسيس كان لوضع الأسس والقواعد ومصدر هذا الوحى أولا وأخيراً ، وسلطة التشريع فيه كانت بيد الرسول وحده ، فهو المرجع فى التشريع والقضاء ، فلهذا لم تختلف الأحكام فى القضايا والمسائل التى عرضت فيه ، وفقهه كان واقعياً يسير مع الزمن وأحداثه ، ولم يدون فى هذا الدور شىء من الفقه إلا ما كان فى ضمن نصوص القرآن .

ودور البناء كان للتفريع على الأسس التى تمت فى زمن الوحى ، وتطبيق القواعد على ما يجد من أحداث ، ومصدر هذا هو الاجتهاد بنوعيه . الجماعى والفردى ، وسلطة التشريع كانت بيد الخلفاء أولا لم يستبدوا بها ، بل جعلوها شورى بينهم تطبيقاً لتعاليم القرآن وهدى رسول الله ، ثم توزعت بين الحكام والأئمة الذين نصبوا أنفسهم للفتوى والتدريس ، ومن هنا وجد الاختلاف وتعددت الآراء . زاد هذا الاختلاف وكثر التعدد كلما ضعفت الشورى أو قلت ، وما وجد فى هذا الدور من التقليد عند ما تكونت المذاهب لم يمنع الاجتهاد متى وجدت الحاجة إليه ، كما لم يكن إجبارياً ، بل كان لطالب الفقه أن يختار المذهب الذى يقلده ، فإذا عنّ له أن ينتقل إلى مذهب آخر انتقل إليه من غير أن يكون لأحد سلطان عليه .

والدور الثالث كان لتنظيم تلك الثروة الفقهية التى تركها أصحاب المذاهب مع تكميلها باستنباط قواعدها ليسهل التخريج عليها ، فلم يكن فيه اجتهاد بالمعنى السابق . بل تقليد لآراء معينة ، واجتهاد فى حدود تلك الآراء ، ثم تعصب لها أدى إلى التقاتل أحياناً ، ثم مغالاة فى التقليد والتعصب بإلزام كل

واحد بالبقاء على تقليده المذهب الذى اعتنقه لا ينتقل منه إلى غيره ، بل زادوا على ذلك فأفتوا بأن من انتقل من مذهب إلى آخر يعزر « أى يعاقب بعقوبة يقدرها القاضى حسبما يراه رادعاً له » .

وكان من نتيجة ذلك أن شغل الفقهاء أنفسهم بتأليف كتب مذهبية فيها تعقيد وصعوبة ، وكان التنافس بينهم فى تحليل الألفاظ ، وضبط التراكيب ، وتحديد معانيها وكان التدريس للفقه تدريساً مذهبياً ، فالحنفى حنفى ، والشافعى شافعى لا يعرف أحدهما شيئا عن مذهب الآخر إلا مانقل فى كتب مذهبه التى كثيراً ماحرفت النقول ، والقضاة ملزمون بالقضاء بالمذهب الذى يختاره الحاكم لا يحيدون عنه إلى غيره حتى ولو أدى ذلك إلى عنت المتقاضين وإيقاعهم فى حرج بين .

هذه هى المميزات الرئيسية بين تلك الأدوار · وهى مع أحكام موحدة ، واجتهاد تتعدد به الآراء مع حرية فى العمل والقضاء ، وتقليد يلازمه تعصب للآراء ، وحجر فى العمل ، وقضاء بمذهب معين ، وتدريس لمذاهب منفصلة ، وتأليف خال من المقارنة الحرة بين المذاهب .

وهذه الحال السيئة التى آل إليها الفقه والفقهاء فى عصور التقليد المظلمة بدأت تتغير فى أواخر القرن الماضى ، وأخذ هذا التغير يتزايد على مر الأيام ، وينتقل من حسن إلى أحسن بفضل استجابة ذوى الرأى والمنتسبين إلى الفقه لصيحات الإصلاح المدوية ؛ فأصبح الفقه بذلك التغيير فى نهضة ، بدأ يسترد معها مكانته الأولى ؛ فخطا خطوات موفقة فى طريق التخلص من آثار الجمود ، وأخذ رجاله ينفضون عنه غبار الماضى الذى ستر مافيه من جمال وصلاح عن أعين الناس طيلة القرون الماضية . لما عرفوا أسباب جموده وانصراف الناس عنه .

فالعصبية المذهبية انقضى عهدها — والحمد لله — وصارت المذاهب تدرس على السواء ، وأصبح الفقه المقارن من أهم المواد الدراسية فى الكليات التى تعنى بدراسة الفقه ، ككليتى الشريعة فى جامعتى الأزهر ودمشق ، وكليات الحقوق بالجامعات فى جمهوريتنا العربية تقارن فيه المذاهب مقارنة حرة تدور حول الأدلة ، فتوصل إلى ترجيح الرأى بقوة الدليل بصرف النظر عن صاحبه، وقد تخرج المقارنة من دائرة المذاهب الفقهية إلى المقارنة بين فقه الإسلام والشرائع الوضعية .

أما التأليف فقد تخلص من أوضار الماضى ، فطرح عنه رداء المذهبية ، وبعد عن التعقيدات اللفظية ، وسار فى طريق غير طريق المتون والشروح والحواشى طريق يقترب من الحياة العملية يحاول حل مشاكلها ، وما جد فيها من أحداث، فترى منه ألواناً منوعة ، فمن فقه مقارن يقارن بين مذهب الفقهاء . إلى آخر يقارن الشريعة بالقوانين . إلى نوع ثالث صاغ أبواباً من الفقه الإسلامى على هيئة مواد القانون إلى غير ذلك مما كان شرحاً لتلك المواد ، أو شرحاً لقوانين صدرت للعمل بها مأخوذة من هذا الفقه .

وأما القضاء فقد سار شوطاً بعيداً فى طريق القضاة على فكرة إلزام القاضى بالرجوع إلى مذهب معين لا يحيد عنه . حيث أبدل ذلك بمجموعة من القوانين أخذت من الفقه الإسلامى من غير تفرقة بين مذهب وآخر فى الوقف والوصية والمواريث ، وبعض مسائل الطلاق والنفقة وحقوق الأولاد . لم يلاحظ فيها عند وضعها إلا ما بها من يسر وملاءمة ، والدولة فى سبيل إعداد تشريع شامل للأحوال الشخصية كلها لا يتقيد بمذهب خاص ، بل ولا بالمذاهب الأربعة المشهورة (١) وينتظر صدوره من وقت لآخر .

---

(١) ومن هنا نستطيع أن نقول : إن حصرنا هذا يعتبر — بحق — دوراً مستقلا =

وعلى ذكر القوانين المأخوذة من الفقه الإسلامى يحسن بنا أن نذكر كلمة عن تاريخ التقنين فيه متى بدأ ، وأهم القوانين التى أخذت منه .

=من أدوار الفقه الإسلامى لتميزه عن سابقه بمميزات تجعله مغايراً له مغايرة تكاد تكون تامة .

وقد كنت ترددت أول الأمر فى جعله دوراً مستقلا . حيث جريت فى التقسيم على مبدأ التغاير الكلى ، فمن وحى إلى اجتهاد إلى تقليد ، ونحن لازلنا نعيش فى عصر التقليد ، ولكن ظهر لى أن التقليد الذى نعيش فيه تقليد يغاير التقليد فى الدور السابق فهناك تقليد مذهبى مع تعصب يتبعهما حجر على العقول ، وهنا تقليد مع حرية الاختيار ، وهو قريب من الاجتهاد ، بل هو نوع منه ، فما كان الفقيه فى عصور الاجتهاد يمتنع عن أن يأخذ برأى غيره فى فتواه أو فى قضائه ، فالأئمة أصحاب المذاهب أثر عنهم أنهم أخذوا بأقوال الصحابة ، بل أخذوا ببعض أقوال التابعين ، والقضاة فى عصرهم ، بل وفى العصر الذى سبقهم ما كانوا يمتنعون عن أن يحكموا بآراء فقهاء سابقين أو معاصرين ، وهذا الاختيار لم يخرجهم عن أن يكونوا مجتهدين .

جاء فى تاريخ القضاء فى الإسلام أن الهادى الخليفة العباسى خوصم إلى أبى يوسف القاضى فى بستان وكان الحكم فى الظاهر للهادى وفى الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادى لأبى يوسف : ماصنعت فى الأمر الذى نتنازع إليك فيه ، فقال : خصم أمير المؤمنين يسألنى أن أحلف أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ، فقال له الهادى : وترى ذلك ؟ ، قال : فقد كان ابن أبى ليلى يراه ، فقال أردد البستان عليه .

والشافعى فى رسالته ص ٤٥٠ يقول : أخبرنى من لا أتهم من أهل المدينة عن ابن أبى ذئب قال : قضى سعد بن ابراهيم على رجل بقضية برأى ربيعة بن أبى عبد الرحمن ربيعه الرأى ، فأخبرته عن النبى بخلاف ماقضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبى ذئب ، وهو عندى ثقة يخبرنى عن النبى بخلاف ماقضيت به ، فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد : واعجباً أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأرد قضاء رسول=

الفقه الإسلامي والتقنين :

لم يعرف التأليف فى الفقه الإسلامى طريقة التقنين إلا فى أواخر القرن الماضى ، وكان ذلك فى تركيا إبان الخلافة العثمانية ، حينما أنشئت المحاكم النظامية ونقل إليها بعض اختصاصات المحاكم الشرعية ، ولم يكن فى استطاعة قضاة تلك المحاكم أن يأخذوا الأحكام من الكتب الفقهية لاختلاف أساليبها ، وكثرة الآراء فيها ، ولأن التمييز بين تلك الآراء يحتاج إلى ملكة فقهية خاصة وتدريب خاص ، ولم يتوفر لهؤلاء القضاة غير الشرعيين شىء من ذلك ، فاقتضى الأمر علاج هذه الحالة بجمع أحكام تلك المسائل وصياغتها على هيئة قانون ليسهل الرجوع إليها ، وأخذ الأحكام منها . فصدرت إرادة سلطانية بتأليف لجنة من مشاهير الفقهاء برياسة وزير العدلية لوضع هذه المجموعة ، وابتدأت اللجنة عملها سنة ١٢٨٥ هـ — ١٨٦٩ م ، وانتهت من وضع أحكام المعاملات فى سنة ١٢٩٣ هـ — ١٨٧٦ م ، وكان ذلك فى - ١٨٥١ - مادة ، وعرفت هذه المجموعة باسم « المجلة العدلية » وهى مأخوذة من الفقه الحنفى ، وقد اقتضى التيسير أن يؤخذ فيها ببعض الأقوال المرجوحة ، وابتدأ العمل بها فى ٢٦ شعبان سنة

= الله ؟! بل أرد قضاء سعد بن أم سعد وأنفذ قضاء رسول الله ، فدعا سعد بكتاب القضية فشقه ، وقضى للمقضى عليه .

سعد هذا هو سعد بن ابراهيم بن عبدالرحمن بن عوف قاضى المدينه توفى سنة ١٢٧هـ.

فهذان الأثران يدلان على أن القاضى فى عصور الاجتهاد كان يأخذ أحياناً برأى غيره ، وأن هذا كان يسمى اجتهاداً ، فإذا كان شعار عصرنا عدم التقيد بمذهب خاص ، واختيار الأصلح والأوفق للعمل به نكون قد بدأنا الاجتهاد ، فيستقل هذا العصر عن سابقه .

١٢٩٣ هـ ، وطبق فى تركيا والبلاد التابعة لها . ولم يكن لمصر نصيب من العمل بهذا القانون ، لأنها استقلت عن الدولة العثمانيـــة قبل ذلك فى سـنة ١٢٩١ هـ ١٨٧٤ م .

ثم ظهر بعد ذلك قانون العائلات الذى يختص بالزواج والفرقة ، ولم يلتزم هذا القانون أحكام المذهب الحنفى ، بل خرج عنه ، وأخـذ بغـيره فى بعض الأحكام ، كفساد زواج المـكره ، وبطلان طلاقه .

ولم يقف الأمر فى التقنين عند الحدود التركية ، ولا اقتصر على مسـائل المجلة وقانون العائلات ، بل تجاوز حدودها ، وشمل مسائل أخرى غيرها .

ففى مصر ألف قدرى باشا كتابه المشهور « مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان ، فى المعاملات » ، وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ، ألفه من – ٩٤١ – مادة ، وطبع سنة ١٨٩٠ م .

ثم ألف كتاب « العدل والإنصاف فى مشكلات الأوقاف » ، وهو مؤلف من – ٦٤٦ – مادة ، وطبع على نفقة نظارة المعارف سنة ١٨٩٣ م .

كما ألف كتاباً ثالثاً فى الأحوال الشخصية « الهبة والحجر والإيصاء والوصية والميراث وغيرها » ، وهو مكون من – ٦٤٧ – مادة .

وهـذا العمل فى ذاته وإن كان فردياً لم يأخذ صفة التقنين الرسمية إلا أنه نبه الأذهان إلى ذلك .

ولقد بدأ العمل الجماعى فى هذا النوع من التأليف فى العقد الثانى من القرن العشرين .

ففى سنة ١٩١٥ ألفت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير الحقانية لوضع

قانون لمسائل الأحوال الشخصية ، فأعدت اللجنة مشروع قانون الزواج والطلاق والمسائل المتعلقة بهما ، استمدت أحكامه من المذاهب الأربعة ، وطبع مرتين أولاهما فى سنة ١٩١٦ م ، والثانية فى سنة ١٩١٧ م بعد تنقيحه ، ولكنه لم يصدر به قانون للمعارضة الشديدة التى واجهته من علماء المذاهب المختلفة ، وساعد على ذلك الظروف السياسية الناتجة عن قيام الحرب العالمية الأولى .

وفى سنة ١٩٢٠ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ ، وهو مؤلف من ١٣ مادة ، ومعظم التغييرات التى فيه مستمدة من مذهب الامام مالك ، فتقبل الناس ذلك ، مما شجع أولى الأمر على السير فى طريق التجديد .

وفى سنة ١٩٢٣ م صدر قانون رقم ٥٦ بتحديد سن الزواج معتمداً فى ذلك على رأى ابن شبرمة وعثمان البتى وأبى بكر الأصم ، فقابله الناس بالنقد الشديد ، لخروجه عن المذاهب الأربعة ، ولكن الناس ألفوه بعد حين لما أدركوا فائدته .

وفى سنة ١٩٢٦ م ألفت لجنة أخرى ، فوضعت مقترحات ، منها :

منع الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضى ، واعتبار ماتشترطه المرأة من شروط لاتتنافى مع مقتضى العقد ، فهبت على هذه المقترحات أعاصير من النقد قضت عليها فى مهدها .

وفى سنة ١٩٢٩ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ — وهو مؤلف من ٢٥ مادة ، وفيه معظم المقترحات السابقة ، وقد التزم هذا القانون حدود المذاهب الأربعة ، ولم يخرج عنها إلا فى مسألتين : الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، والطلاق المعلق ، فقد أخذ فيهما بمذهب ابن تيمية ، وتلميذه ابن قيم الجوزية ، وهو أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لايقع إلا واحدة ، وأن الطلاق المعلق

إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لايقع ، وبهـذا انفتح أمام المشرعين أبواب التجديد ، والخروج عن دائرة المذاهب الأربعة إلى المذاهب الأخرى .

وفى سنة ١٩٣٦ م ألفت فى وزارة العدل لجنة من كبار العلماء برئاسة شيخ الأزهر لاخراج قوانين فى الأحوال الشخصية ، فأخرجت قوانين ثلاثة .

القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م ، وهو خاص بالمواريث مؤلف من ٤٨ مادة . صدر فى ١٢ أغسطس على أن يعمل به بعد شهر (١) .

والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م ، وهو خاص بالوقف مؤلف من ٥٢ مادة ، صـدر فى ١٢ يونيه ، وعمـل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسميـة فى ١٨ يوليه .

ولقد ألغى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م العمل بجزء كبير من هذا القانون .

---

(١) نشر القانون فى الجريدة الرسمية « الوقائع المصرية » واجب ليعلم المخاطبون به ، وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ م يعتبر التشريع نافذاً بمضى ثلاثين يوماً على نشره فى الجريدة الرسمية ، ومع هذا أجاز قصر هذا الميعاد أو مده بنص صريح ، فإذا كانت الضرورة تدعو إلى الإسراع ينص على أنه يعمل به فور نشره كما فى قانون الوقف ، وحيث تدعو إلى التأخير ينص عليه ، كما فى التقنين المدنى الجديد نشر فى ١٩ يوليه سنة ١٩٤٨ م ، ونص على العمل به فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وهو التاريخ الذى ألغيت فيه المحاكم المختلطة .

ثم تغير هذا التشريع فى دستور سنة ١٩٥٦ حين قضت المادة — ١٨٧ — منه على أنه « تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها . ويعمل بها بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها . ويجوز مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص فى القانون .

والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م ، وهو خاص بالوصية مؤلف من ٨٢ مادة . صدر فى ٢٤ يونيه على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره .

وهذه القوانين لم يتقيد واضعوها بمذهب معين ، بل ولا بالمذاهب الأربعة.

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية ، وضم اختصاصاتها إلى المحاكم الوطنية فكرت وزارة العدل فى وضع قانون شامل للأحوال الشخصية « الزواج والطلاق ومايتعلق بهما » ليسهل رجوع رجال القضاء إليه ، فشكلت لجنة لاختيار أحكامه من الفقه الاسلامى ، ولاتزال اللجنه تعمل جاهدة على الانتهاء منه فى وقت قريب .

المذاهب الفقهية

نشأتها والتعريف بها

قدمنا أن الاجتهاد مشروع فى شريعة الاسلام ، وأن أصحاب رسول الله اجتهدوا فى كل مالم يوجد فيه نص ، فنشأ عن هذا الاجتهاد اختلاف فى الرأى كان محدوداً أول الأمر ، ثم زاد على مر الأيام كلما جدت له أسباب جديدة ، زاد هذا الاختلاف بعد الفتنة التى أثارها الدخلاء فى الاسلام الناقمون عليه ، وضعاف النفوس من المسلمين الذين انخدعوا بما زينه لهم هؤلاء الدخلاء ، والتى أدت إلى مقتل عثمان ، وكان أن انقسم المسلمون بعدها إلى طوائف ثلاث شيعة، وخوارج ، وجمهور . عرفوا فيمابعد بـ «أهل السنة» انقسموا بسبب الاختلاف فى الخلافة والأحق بها ، وماصاحب ذلك من التحكيم فى النزاع بين على ومعاوية ، فكان لكل طائفة من تلك الطوائف رأى يخالف رأى غيرها ، وقدأشرنا إلى ذلك من قبل .

سارت كل فرقة فى طريقها تعمل جاهدة لنصرة عقيدتها ، فتولد عن ذلك

اختلاف آخر فى بعض الأحكام العملية مما أدى إلى وجود فقه للخوارج ، وآخر للشيعة ، وثالث لأهل السنة ، ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل تجاوزه إلى وجود اختلاف بين كل طائفة ، فتعددت المذاهب الفقهية ، وسترى من التعريف بهذه المذاهب أن مذاهب أهل السنة متقاربة ، لأنها تسير فى فلك القرآن والسنة ، والاختلاف بينها نشأ من اختلاف طرائق الاستنباط ، ويقرب منها بعض مذاهب الخوارج والشيعة . أما بقية المذاهب فقد ابتدع أصحابها أشياء باعدت بينها وبين المذاهب الأخرى حتى خرجوا بها عن الاسلام .

وإليك التعريف ببعض هذه المذاهب .

الخوارج : قوم متشددون فى الدين ، ورأيهم فى الخلافة أنها تكون بالاختيار الحر من المسلمين (١) ، ولا تنحصر عندهم فى طائفة معينة ، كما حصرها الشيعة فى على وذريته ، والجمهور فى قريش ، فمن انتخب كان خليفة يجب طاعته مادام يسير على طاعة الله والرسول ، وليس له أن يتنازل عنها ، ولا أن يحكم فى شأنها ، ولا مانع من تعدد الخلفاء بتعدد البلدان .

وقد كان لهم نشاط فقهى فى صدر الإسلام بنى على التشدد فى أوامر الدين والعمل بالكتاب والسنة التى وصلتهم عن طريق علمائهم ، واجتهاد فقهائهم فيما لم يوجد فيه نص ، ولم يعترفوا بالإجماع كدليل ، لأنه يتنافى مع مبدئهم من الخروج على جماعة المسلمين .

---

(١) كانت نظرتهم فى الخلافة أولا أنها حق لكل عربى حر . ولكنهم عدلوا هذا الشرط فجعلوه الإسلام والعدالة فأصبحت حقا لكل مسلم عدل عربيا كان أو غير عربى حرا كان أو غير حر . فعلوا ذلك حينما انضم إلى صفوفهم كثير من المسلمين غير العرب . تاريخ الاسلام للدكتور حسن ابراهيم حسن ج ١ ص ٣٨٨ .

وهؤلاء افترقوا إلى فرق كثيرة عدها بعضهم عشرين فرقة منها الأزارقة ، والنجدية والصفرية ، وكان لكل فرقة مذهبها الخاص وتعاليمها الخاصة . منها المتشدد ، ومنها المعتدل إلى حد ما ، وقد انقرضت هذه المذاهب كلها ، ولم يبق منها إلا مذهب الأباضية(١) المنسوبة إلى رئيسها عبدالله بن أباض الذى توفى فى عهد الأمويين فى خلافة عبد الملك بن مروان بعد سنة ٨٠ ﻫ

وهذا المذهب معتدل فى تعاليمه ، فهو لا يمنع تزوجهم من بقية المسلمين ، ولا يمنع التوارث بينهم وبين غيرهم من المسلمين أيضاً ، ولا يجيز قتال غيرهم إلا بعد الدعوة ، وإقامة الحجة وإعلان القتال . بينما نجد غلاة الخوارج يحرمون التزوج من غيرهم وأكل ذبائحهم ، ويمنعون التوارث بينهم وبين من عداهم ، ويجيزون القتال من غير دعوة ولا إعلان ، ويكفرون مرتكب الكبيرة ، ويستحلون دماء أهل الذمة وأموالهم .

وهم متفقون فى كثير من الفروع مع أهل السنة ولكنهم خالفوهم فى مسائل منها . إجازتهم الوصية للوارث ، وقولهم بالوصية الواجبة ، وغيرهما .

وفقه هذا المذهب مدون فى كثير من الكتب ما بين مخطوط ومطبوع ، ومن أهم كتبهم المطبوعة كتاب شرح النيل لمحمد بن يوسف بن أطفيش ، وهو مطبوع فى عشرة أجزاء .

وأتباع هذا المذهب الآن موجودون ببعض بلاد المغرب فى شمال أفريقية ، وعمان فى شبه الجزيرة العربية وهى موطن إمارتهم .

---

(١) الأباضة بكسر الهمزة وينطقها أهل شمال أفريقية بالفتح وقد اختلف المؤرخون فى تعيين السنة التى توفى فيها زعيمهم عبد الله بن أباض وكلها تتفق على أنها بعد سنة ٨٠ ﻫ ..

مذاهب الشيعة

الشيعة قوم جعلوا الإمامة ركناً من أركان الدين ؛ وأن الرسول أوصى لعلى بها ؛ ولكنهم تفرقوا إلى فرق عديدة بسبب اختلافهم فى الخلافة ، ولمن تكون . هل تكون لأولاد على من فاطمة بنت الرسول أو لاولاده منها ومن غيرها ، وإذا كانت فى أولاد فاطمة فهل تثبت بالنص عليهم واحداً بعد واحد، أو تكون فيهم بالاختيار متى تحققت صفة الإمامة ، واختلافهم كذلك فى موقف الشيخين « أبى بكر وعمر » منها ، أكانا محقين فى توليها أم كانا غاصبين لها؟

وهذه الفرق منها المعتدل الذى لم يبعد عن أهل السنة كثيراً ، ومنها غير ذلك . فرق تغالت وأمعنت فى الغلو حتى خرجت عن الإسلام ،وقد انقرضت هذه الفرق ولم يبق منها إلا بعضها كالزيدية ، والإمامية الإثنى عشرية ، والإسماعيلية .

أما الزيدية فهم ينتسبون إلى زيد بن على زين العابدين بن الحسين الذى تهيأ للخلافة بالعلم والاجتهاد ، وقام بالدعوة ضد الأمويين وقاتلهم فبويع له بالخلافة بالكوفة ، لأن مبادئهم أن الأمامة لا تكون بالنص عليها كما يقول الإمامية ، وإنما تكون لكل فا طمى عالم زاهد شجاع فى الحق قادر على القتال يخرج على السلطان (١) مطالباً . سواء أكان من أولاد الحسن أم من أولاد الحسين . فهى لا تنحصر عندهم فى عدد معين .

والزيدية أعدل فرق الشيعة فى تعاليمها ، ومذهبهم أقرب المذاهب إلى فقه أهل السنة وبخاصة فقه العراقيين، لأن العراق موطنهم الأول ! ويزداد قربا من مذهب الحنيفة ، لأن أبا حنيفة أخذ عن إمامهم .

---

(١) فالإمامة فى نظرهم عملية لا سلبية كما هى عند الإمامية . كما يقول الأستاذ أحمد أمين فى فجر الإسلام ص ٢٣٣ .

وسبب اعتدال هذا المذهب هو اعتدال إمامه زيد الذى صحح خلافة أبى بكر وعمر، ولم يبح لنفسه الطعن عليهما (١)، ولا التبرأ منهما، كما فعل غيره من أئمة الشيعة، بل كل ماقاله فيهما: إنهماسبقا جده بالخلافة، وقد كان أحق بها منهما، ومن هنا كان من مبادئهم جواز إمامه المفضول مع وجود الأفضل إذا اقتضت مصلحة الأمة ذلك، ولم يقولوا بعصمة الأئمة التى ترفعهم إلى مرتبة النبوة.

هذا وقد خالفوا فقه أهل السنة فى بعض الأحكام، فحرموا ذبيحة غير المسلم، كما حرمو التزوج من الكتابيات، ولم يجيزوا المسح على الخفين فى الطهارة.

وفقههم يستند إلى الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد بالقياس وغيره، ولهم كتب كثيرة منها المجموع المنسوب للامام زيد، وشرحه الروض النضير.

واتباع هذا المذهب موجودون الآن فى بلاد اليمن، وقد تشعب إلى شعب منها القاسمية والناصرية والهادوية.

أما الإمامية: فهم الذين يعتقدون أن الرسول أوصى بالخلافة لعلى بالذات ثم من بعده لولده، وأن الأئمة معصومون من الخطأ، ومن ثم حكموا بتخطئة أبى بكر وعمر، بل تغالى بعضهم وحكم بتفكيرهما، فاستباحوا لأنفسكم الطعن عليهما، والتبرأ منهما. وهؤلاء طوائف.

منها الإمامية الاثنا عشرية: (٢) وهم فرقة تقول: بأن الأئمة اثنا عشر

---

(١) كان رأية فى أبى بكر وعمر السبب المباشر فى خذلان أهل الكوفة له، وانصرافهم عنه حتى قتله الحجاج الثقفى أمير الكوفة فى خلافة هشام، ثم صلبه وأحرق جثته سنة ١٢١ ه

(٢) وتسمى الجعفرية أيضا لأن فقههم مأخوذ عن الامام جعفر الصادق.

إماماً ، تبدأ بعلى بن أبى طالب ، ثم تنتقل من بعده إلى ولده من فاطمة ، وهم الحسن والحسين ، ومن يعقبهما من الأبناء إلى الثانى عشر (١) « محمد المهدى » ، ولا تنتقل من بعده لأحد ، لأنه لم يمت ، ولكنه اختفى عن الدنيا سنة ٢٦٠ ﻫ ، وسيظهر فى آخر الزمان . فيملأ الأرض عدلا وأمناً بعد أن ملئت جوراً وخوفاً ، ولذلك سموه بالمنتظر ، ويقولون : إن علماءهم نواب عنه فى فترة غيبته ، وقد بالغوا فى وصف الإمام ، فادعوا عصمته من الخطأ ، لأنه يوحى إليه بطريق الإلهام الصادق ، أو لأن الرسول استودعه علم مالم تدعه الحاجة إلى بيانه من الأحكام فى زمنه ، ولذلك جعلوا الإيمان بالإمام جزءاً من الإيمان بالله ، وقالوا فى وصفه « معصوم مؤيد موفق مسدد قد أمن من الخطأ والزلل والعثار يخصه الله بذلك ليكون حجته على عباده وشاهده على خلقه » (٢) .

وفقه هؤلاء يرجع إلى الكتاب ، والسنة المروية عن علمائهم ، وأقوال أئمتهم المعصومين فى نظرهم ، ولا يعترفون بالإجماع ، ومن جعله منهم دليلا أراد به إجماع أهل البيت ، ومع ذلك شرط فيه أن يكون معهم إمامهم المعصوم حتى لا يتسرب الخطأ لذلك الإجماع ، وهذا فى الحقيقة يرجع إلى نفى اعتبار الإجماع بالكلية ، لأن الحجية فى قول الإمام المعصوم ، وأنكروا القياس (٣) لعدم

---

(١) وأئمتهم هم : على المرتضى ، والحسن المجتبى ، والحسين الشهيد ، وعلى زين العابدين ، ومحمد الباقر ، وابنه جعفر الصادق ، وموسى الكاظم ، وعلى بن موسى الرضا ومحمد التقى ، وعلى النقى ، والحسن العسكرى الذكى ، ومحمد المهدى .

(٢) أصول الرضا ص ٩٧ .

(٣) وقد شاع عن أئمتهم أن الشريعة إذا قيست محى الدين : أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء ص ٩٣ .

الحاجة إليه بعد القول بعصمة أئمتهم ، وأنه يوحى إليهم ، لأن كل مسألة لها حكمها عند الله ، وقد عرفه الرسول والأئمة من بعده (١) .

وهم يخالفون أهل السنة فى كثير من الفروع بعد مخالفتهم لهم فى الأصول . منها قولهم بشرعية زواج المتعة ، وهو مايكون بعقد ومهر أمام شهود إلى أجل ، ويثبت به النسب ، ويوجب التوارث بين الزوجين ، وأهل السنة ومعهم الزيدية من الشيعة يذهبون إلى عدم شرعيته لنسخه .

ومنها أنهم يقولون : إن الطلاق لايقع إلا أمام شاهدين لقوله تعالى « فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم » (٢).

ومنها أن الطلاق الثلاث فى مجلس واحد يقع طلقة واحدة ، وأن زواج الكتابية حرام لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » (٣) . وأهل السنة يقولون : إن هذه الآية خاصة بالمشركات .

ومنها بعض مسائل الميراث ، كتقديم بن العم الشقيق على العم لأب ، وهذه مبنية على عقيدتهم فى أن علياً وذريته مقدمون على العباس وذريته .

ومنها أنهم يقولون إن الكذب على رسول الله مبطل للصيام ، فيجب فيه القضاء والكفارة ، ويؤخرون الفطر إلى زوال الشفق الأحمر .

---

(١) ولا يخالف هذا ماقاله صاحب المختصر النافع منهم من أن مصادر الأحكام عندهم أربعة الكتاب والسنة والاجماع والعقل أو الأدلة العقلية ، لأن الأدلة العقلية ، لها تفسيرات ليس القياس منها ، فبعضهم يقول : إنها البراءة الأصلية أو الاستصحاب ، وآخرون يفسرونها بلحن الخطاب وفحوى الخطاب ، وهذه ترجع إلى طريقة الاستدلال بالنصوص .

(٢) الطلاق — ٢ (٣) الممتحنة — ١٠ .

والموطن الأصلي لهذا المذهب هو إيران ، فالإيرانيون كلهم من الشيعة الإمامية وبه يدين أغلب العراقيين ، وله أتباع في سورية والهند والباكستان .

الإسماعيلية[1] : وهم فرقة من الإمامية ظهرت في العصر العباسي تنسب إلى إسماعيل بن جعفر الصادق ، فقد جعلوه الامام بعد أبيه جعفر ، وخالفوا الامامية الذين جعلوها من بعده لابنه موسى الكاظم ، وهذه الفرقة من غلاة الشيعة الذين خرجوا بتعاليمهم عن الاسلام ، فهم يقولون : إن للقرآن ظاهراً وباطناً ، فيجب تأويله ولا يتمسك بحرفيته ، ومن هنا سموا بالباطنية ، وزعموا أن الوحي هو صفاء النفس لا نزول ملك ، وأن الشعائر الدينية لا تلزم إلا العامة ، وأما الخاصة فغير ملزمين بها ، وأن الأنبياء سواس العامة ، أما الخاصة فأنبياؤهم الفلاسفة .

ثم يشككون بعد ذلك في تعاليم الاسلام ، فيقولون : ما معنى رمي الجمرات ، وما معنى السعي بين الصفا والمروة ، وهم موجودون في الهند بكثرة ، وفي غرب أفريقية وفي أماكن أخرى ، وزعيمهم أغاخان .

مذاهب أهل السنة

في عصر الاجتهاد وجد كثير من الفقهاء المجتهدين من أهل السنة تخصصوا في الفقه ، ووقفوا حياتهم عليه استنباطاً وتدريساً ، والتف حول كل واحد منهم تلاميذ يتلقون عنه فقهه ، ويرجعون إليه فيما أشكل عليهم ، وقد خلف هؤلاء الفقهاء وراءهم مجموعات اجتهاداتهم إما مدونة في كتب ، أو أمانة في أيدي

---

(١) وتسمى الباطنية . ومنهم العبيدون أو الفاطميون الذين ظهروا بالمغرب ثم استولوا على مصر وما جاورها .

التلاميذ عرفت هذه المجموعات فيما بعد بالمذاهب الفقهية منسوبة إلى أصحابها ، وكان منها مذاهب سعدت بالبقاء إلى يومنا هذا ، لوجود تلاميذ أوفياء وأتباع يعملون بها ، ويدعون الناس إليها ، كالمذاهب الأربعة المشهورة « الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي » ، وأخرى قدر لها البقاء معمولا بها خلال القرون الأولى ، ثم تفرق عنها أتباعها ، كمذهب داود الظاهري ، والأوزاعي إمام أهل الشام ، وطائفة ثالثة ماتت بموت أصحابها ، ولكنها بقيت موزعة بين سطور الكتب ، تتناقلها كتب المذاهب ، والفقه المقارن عند المناسبات ، كمذهب الليث بن سعد فقيه مصر ، وسفيان الثوري وغيرهما .

ونحن نقدم لك تعريفا بأصحاب المذاهب الأربعة ، وطريقتهم في الاجتهاد ، وإلمامة يسيرة عن تلاميذهم الذين كان لهم الفضل بعدهم في نشر تلك المذاهب والمحافظة عليها ، ثم نيمم بك نحو المذاهب المندثرة لنعرفك ببعض أصحابها . فنقول وبالله التوفيق :

المذهب الحنفي

بين دولتين كبيرتين من دول الإسلام الأولى ، وفي بيئة متأثرة بالحضارة الفارسية تجمعت بها طوائف من العرب الفاتحين ، وأخرى من سكان البلاد الأصليين ، واختلط فيها ما روى من صحيح الأحاديث بما وضعه الكذابون ، ونسبوه زوراً إلى رسول الله نشأ هذا المذهب وتكوّن ، ثم خرج إلى البلدان الأخرى على أيدي التلاميذ والرواة .

أسس هذا المذهب أبو حنيفة النعمان بن ثابت الفارسي الأصل ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ، وتفقه فيها ، ثم انتقل إلى بغداد بعد أن بناها المنصور العباسي لتكون عاصمة الدولة الإسلامية ، واستقدم إليها العلماء والفقهاء ، فبقي فيها حتى توفي سنة ١٥٠ هـ كما يقول بعض المؤرخين .

تلقى العلم عن طائفة من العلماء ، واشتغل أولا بعلم الكلام ، وبعد أن وصل فيه إلى درجة كبيرة انتقل إلى الاشتغال بالفقه ، ولازم شيخه حماد بن أبى سليمان المتوفى سنة ١٢٠ هـ مدة ثمانى عشرة سنة حتى صار إماما فيه ، ولقب بالإمام الأعظم .

كون مذهبه بطريقة الشورى مع أصحابه(١) ، فكان يعرض عليهم المسألة فيختلفون فيها ، فهذا يأتى بجواب ، وذلك يأتى بغيره ثم يرفعونها إليه ، فينتهى فيها معهم إلى رأى ، ثم يأمرهم بكتابتها ، وكان ينهاهم عن كتابة المسائل قبل تمحيصها ، ولم يكتف بالاجتهاد فى أحكام الحوادث التى تعرض عليه . بل فرض المسائل ، وقدر لها أحكامها ، فلما اعترض عليه بعض العلماء فى ذلك قال : إنا نستعد للبلاء قبل نزوله ، فإذا نزل عرفنا الدخول فيه والخروج منه(٢) .

ومع هذا لم يكن متعصباً لرأيه ، فقد قيل له : يا أبا حنيفة هذا الذى تفتى به هو الحق الذى لا شك فيه ؟ فقال : والله لا أدرى لعله الباطل الذى لا شك فيه .

---

(١) روى ابن البزارى فى مناقب أبى حنيفة ج ٢ ص ١٢٥ أنه قال فى أصحابه الذين لازموه مرة « هؤلاء ستة وثلاثون رجلا . منهم ثمانية وعشرون يصلحون للقضاء ، وستة يصلحون للفتوى واثنان يصلحان لتأديب القضاة وأرباب الفتوى وهما أبو يوسف وزفر » .

(٢) راجع كتاب الخيرات الحسان لابن حجر الهيثمى ص ٥٢ ففيه أن قتادة لما نزل الكوفة قال : لا يسألنى أحد عن مسألة من الحلال والحرام إلا أجبته ، فسأله أبو حنيفة عن مسألة دقيقة ، فقال له قتادة : أوقعت هذه المسألة ؟ قالوا لا ، قال فلم تسألونى عما لم يكن ؟ فقال أبو حنيفة إن العلماء يستعدون للبلاء ويتحرزون منه قبل نزوله ليعرفوا الدخول فيه والخروج منه » .

أما طريقته فى الاستنباط وترتيب الأدلة : فقد قال «آخذ بكتاب الله إذا وجدته فإذا لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات ، فإذا لم أجد فى كتاب الله ولا سنة رسول الله أخذت بقول أصحابه من شئت ، وأدع قول من شئت، ثم لم أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبى وابن سيرين وسعيد بن المسيب . وعد رجالا من التابعين فلى أن أجتهد كما اجتهدوا ، وفى رواية فهم رجال ونحن رجال»(١) .

وهذا المسلك فيه رد قاطع على من ادعى أنه كان يترك الحديث ويعمل بالرأى ، نعم إنه كان يتشدد فى قبول الحديث والعمل به لما قدمنا من أن العراق كثر فيه وضع الحديث ، فوضع شروطاً لقبول الحديث لم يسلم معها إلا القليل ، ومع ذلك لم يطعن أحد من معاصريه الأئمة الأعلام فى دينه ؛ ولا فى خلقه ، بل كلهم أثنى عليه ثناء جميلا .

فهذا سفيان الثورى وابن المبارك يقولان : أبو حنيفة أفقه الناس ، وقال الإمام مالك :إنه لفقيه،وقال الإمام الشافعى:«الناس عيال فى الفقه على أبى حنيفة» .

كان أبو حنيفة ورعا زاهداً فى الدنيا ، ذكيا يحسن التخلص من المآزق .

أما ورعه وزهده فيدل عليه أنه امتنع عن تولى القضاء ، وقد طلب له مرتين . الأولى أيام الأمويين ، والثانية فى عهد العباسيين فى خلافة أبى جعفر المنصور ، فأبى وامتنع ؛ ولم يثنه عن إبائه ضربه فى الأولى ، وحبسه فى الثانية.

---

(١) تاريخ بغداد ج ١٣ ص ٣٦٨ .

ومن هنا كان جريئا فى الحق لايجامل أحداً على حسابه حتى ولو كان الخليفة نفسه .

يروى ان أهل الموصل نقضوا عهد المنصور الذى أخذه عليهم ، وقد كانوا شرطوا ، إن فعلوا ذلك تحل دماؤهم له ، فجمع المنصور الفقهاء ، وفيهم أبو حنيفة، فقال : « ألم يصح أنه عليه السلام قال . المؤمنون عند شروطهم، وأهل الموصل قد شرطوا ألا يخرجوا على ، وقد خرجوا على عاملى ، وقد حلت لى دماؤهم ، فقال رجل . يدك مبسوطة عليهم ، وقولك مقبول فيهم ، فإن عفوت فأنت أهل للعفو ، وإن عاقبت فيما يستحقون، فقال لأبى حنيفة : ماتقول أنت ياشيخ ، ألسنا فى خلافة نبوة، وبيت أمان؟ قال: إنهم شرطوا لك مالا يملكونه ، وشرطت عليهم ماليس لك ، لأن دم المسلم لايحل إلا بأحد معان ثلاثة . فإن أخذتهم أخذت بما لايحل ، وشرط الله أحق أن توفى به ، فأمرهم المنصور بالقيام فتفرقوا ، ثم دعاه وقال : ياشيخ القول ماقلت . انصرف إلى بلادك . ولاتفت الناس بما هو شين على إمامك فتبسط أيدى الخوارج » (١) .

وأما ذكاؤه وحسن تخلصه فيظهر ذلك بما رواه الربيع بن يونس « حاجب المنصور » أنه قال : رأيت أمير المؤمنين المنصور ينازل أبا حنيفة فى أمر القضاء ، وأبو حنيفة يقول له : اتق الله ولاتشرك فى أمانتك إلامن يخاف الله والله ماأنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب ؟ . وإنى لاأصلح لذلك فقال له : كذبت أنت تصلح له ، فقال : قد حكمت على نفسك ياأمير المؤمنين فكيف يحل لك أن تولى قاضياً على أمانتك وهو كذاب ؟ !

كما كان حاضر البديهة ، سريع الجواب فيما يعرض عليه ، قال الليث بن سعد

---

(١) المناقب لابن البزارى ص ١٧ ج ٢

فقيه مصر المتوفى سنة ١٧٥ هـ . إنه شهد مجلس أبى حنيفة بمكة ، وقد سئل فى ابن يزوجه أبوه — وليس له غيره — بصرف مال كثير فيطلقها ، ويشترى له جارية فيعتقها، فأوصى أبو حنيفة السائل أن يشترى لنفسه جارية تقع عليها عين الابن «أى تعجبه» ثم يزوجها إياه ، فإن طلقها رجعت مملوكة له ، وإن أعتقها لم يجز عتقه . قال الليث : والله ما أعجبنى صوابه كما أعجبنى سرعة جوابه (١) .

وبعد ذلك كله كانت له حيل لطيفة للخروج من مآزق الأيمان الملتوية التى تفنن فيها أهل العراق . منها ما جاء فى إعلام الموقعين لابن القيم فى بحث الحيل. أن رجلا أتاه بالليل ، فقال أدركنى قبل الفجر وإلا طلقت امرأتى ، فقال . وماذاك ؟ قال تركت الليلة كلامى ، فقلت لها : إن طلع الفجر ولم تكلمينى فأنت طالق ثلاثا ، وقد توسلت إليها بكل أمر أن تكلمنى فلم تفعل ، فقال له . اذهب فمر مؤذن المسجد أن ينزل فيؤذن قبل الفجر ، فلعلها إذا سمعته تكلمك ، واذهب إليها وناشدها أن تكلمك قبل أن يؤذن المؤذن ، ففعل الرجل وجلس يناشدها وأذن المؤذن فقالت . قد طلع الفجر وتخلصت منك ، فقال قد كلمتنى قبل الفجر وتخلصت من اليمين ، قال ابن القيم : وهذا من أحسن الحيل .

أصول مذهب أبى حنيفة :

سبق أن بينا طريقته فى الاستنباط وترتيب الأدلة ، وهى أنه يأخذ بكتاب الله ثم بسنة رسول الله ، ثم بأقوال الصحابة ، فإذا لم يجد شيئاً من ذلك اجتهد.

وفى هذا إجمال للمصادر التى يستند إليها ، وتفصيلها كما فى كتب أصحابه . أنه يأخذ بالكتاب ما كان يقدم عليه شيئاً ، ثم بالسنة التى توفر فيها ما شرطه

---

(١) الانتقاء لابن عبد البر .

من الشهرة ، وإن كان المروى عنه من الفروع يفيد أنه أخذ بأحاديث لم يتوفر فيها الشهرة ، بل هي من أخبار الآحاد . والأحاديث المرسلة « مرسل الصحابى أو التابعى » . والاجماع متى وجد ونقل نقلا صحيحاً ، وقول الصحابى فيما ليس للاجتهاد فيه مجال ، لأنه يظنه أثراً رواه الصحابى عن الرسول ولم يسنده إليه . وهذا يقدمه على القياس ، وأما مافيه مجال للاجتهاد فما كان يقدمه على القياس إلا إذا وجد معه دليلا آخر يرجحه ، ومن هنا تحمل العبارة الواردة عنه مطلقة فى العمل بقول الصحابى على أنها مقيدة بما إذا لم يعارضه قياس أو دليل آخر .

وبعد هذا يعمل بالقياس والاستحسان والعرف . ويلاحظ أن بعض أنواع الاستحسان يتفق مع ما أخذ به غيره من المصالح المرسلة ، فيكون من أصول مذهبه المصالح المرسلة ، وإن لم يأخذ بها بهذا العنوان .

ومما يلاحظ هنا أن أبا حنيفة لم يدون مذهبه بنفسه كما فعل غيره من الأئمة وإنما دونه تلاميذه ، اللهم إلا إذا اعتبرنا أمره لتلاميذه بتدوين المسائل بعد تمحيصها تدوينا ، وفى الحق أن التدوين فى هذا الموضع لا يقصد به إلا التدوين المرتب المبوب ، وهو مالم يفعله أبو حنيفة .

تلاميذه

كان لأبى حنيفة كثير من التلاميذ . نترجم لثلاثة منهم اشتهروا معه ، حتى كانت لهم آراء تخالف آراءه ، وهم زفر بن الهزيل ، وأبو يوسف . ومحمد ابن الحسن .

زفر : هو زفر بن الهزيل بن قيس الكوفى ، عربى من تميم ، كان أبوه واليا على البصرة ، أو أصفهان ، وأمه أمة فارسية ولد سنة ١١٠ ﻫ ، ولما كبر طلب الحديث ، وتفقه على أبى حنيفة حتى كان من أبرز أصحابه أخذاً بالقياس ،

ومن كلماته . نحن لا نأخذ بالرأى مادام أثر ، وإذا وجد الأثر تركنا الرأى ، وكان جيد اللسان فصيحاً . ناظر أبا يوسف فغلبه .

زهد فى الدنيا حتى أنه أكره على القضاء فاختفى ، فهدم منزله ، ثم خرج وأصلحه ثم أكره عليه مرة أخرى ، فأبى فهدم منزله مرة ثانية . فلم يؤثر ذلك فى امتناعه ، (١) وآثر أن يشتغل بالعلم والتعليم حتى توفى سنة ١٥٨ ﻫ بالبصرة بعد وفاة إمامه بثمانى سنوات ، ويذكر اسمه فى كتب الحنفية كثيراً غير منسوب للصحبة .

أبو يوسف : (٢) . هو يعقوب بن ابراهيم الأنصارى عربى الأصل ، ولد بالكوفة سنة ١١٣ ﻫ ، نشأ فقيراً معدماً كما ينشأ النبغاء ، فلما وصل حد التمييز سمع الحديث ، ثم اشتغل بروايته حتى عد من المحدثين ، وتفقه أولا على ابن أبى ليلى المتوفى سنة ١٤٨ ﻫ . ثم انتقل إلى أبى حنيفة لما رأى فيه من سعة الأفق وكثرة العلم فكان من أكبر تلاميذه . وأعانه أبو حنيفة لفقر والديه . فكان يمده بالمال بين الحين والآخر كما حدث عن نفسه (٣)

---

(١) راجع الفوائد البهية فى تراجم الحنفية ص ٧٦، والمؤرخون يذكرون امتناعه عن تولى القضاء عند المقارنة بينه وبين أبى يوسف الذى تولاه ، ولذلك وصفوه بأنه أورع من أبى يوسف . هذا وقد ذكر الشيخ السنهورى فى مقدمة الموسوعة ج ١ ص ٢٩ أن زفر تولى قضاء البصرة وكان مع ذلك يدرس الفقه للناس وينسب آراءه إلى أبى حنيفة حتى حببهم فى فقهه .

(٢) كنى بأبى يوسف لأن أحد أولاده كان يسمى باسم يوسف تولى القضاء بالجانب الغربى من بغداد فى عهد أبيه قاضى القضاة .

(٣) كنت أطلب الحديث والفقه ، وأنا رث الحال ، فجاءنى أبى يوماً وأنا عند أبى حنيفة فانصرفت معه ، فقال لى يا بنى : لا تمدد رجلك مع أبى حنيفة ، فإن أبا =

تولى القضاء ثلاثة من خلفاء العباسيين . المهدى ، والهادى ، والرشيد من سنة ١٦٦ ه إلى أن توفى سنة ١٨٣ ه ، وكان أول من تولى منصب قاضى القضاة فى عهد الرشيد . وهو منصب خطير ، لأنه جزء من حقوق الخلافة الإسلامية إذ كان الخليفة يباشره بنفسه ، فلما أسند إليه وأصبحت تولية القضاة راجعة إليه فى ولايات الدولة لم يكن يستعمل على القضاء إلا من كان حنفياً ، وبهذا ساعد على انتشار المذهب ، واعتناق العلماء له .

وهنا قد يتساءل إنسان . كيف ساغ لأبى يوسف أن يخالف طريقة إمامه ويتعاون مع هؤلاء الخلفاء ؟ .

ونحن نجيب عن هذا التساؤل ، بأنه قد تكون الحاجة هى التى دفعت أبا يوسف إلى قبول الوظيفة ، لأنه لم يكن صاحب تجارة ولا صناعة تقوم بحاجته .

ولم يكن له مذهب سياسى يخالف مذهب الخلفاء . فقد كان أبو حنيفة يميل إلى العلويين ويعمل على مساعدتهم ، وكثيراً ما تعرض لذلك فى درسه ، ولعله كان السبب الأول فى محنته .

= حنيفة خبره مستو ، وأنت تحتاج إلى المعاش ؛ فقصرت عنه كثيراً فى الطلب ، وآثرت طاعة أبى فتفقدنى أبو حنيفة وسأل عنى فجعلت أتعاهد مجلسه ، فلما كان أول يوم أتيته بعد تأخرى ، قال ماذا شغلك عنا ، قلت الشغل بالمعاش ، وطاعة والدى ، فجلست ولما انصرف الناس دفع إلى صرة وقال . استمتع بها فاذا فيها مائة درهم ، وقال لى إلزم الحلقة وإذا فرغت هذه فأعلمنى ، فلزمت الحلقة فلما مضت مدة يسيرة دفع إلى مائة أخرى ثم كان يتعهدنى وما أعلمته بخلة قط ولا أخبرته بنفاذ شىء ، وكأنه كان يخبر بنفاذها حتى استغنيت وتحولت ، وقيل إن والده مات وهو صغير ، وأن أمه هى التى انكرت عليه حضور الحلقة بعد إن كانت أسلمته إلى قصاب يتعلم منه ويعيش فى كنفه .

على أن أبا يوسف لم يمالىء الخلفاء على حساب الحق ، بل إن التاريخ يحدثنا عنه أنه أقام العدل . وأدى واجبه كفقيه ، فنصيحته لهارون الرشيد فى مقدمة كتابه(١) الخراج تشهد بذلك ، وكيف يمالىء الخليفة وهو الذى حكم عليه ونصر خصمه ، وإذا عرفنا أن الخصومة كانت مع نصرانى لأكبرناه ؟ !

(١) جاء فيها موجها الخطاب إلى أمير المؤمنين (لاتؤخر عمل اليوم إلى غد فانك إذا فعلت ذلك أضعت ، إن الأجل دون الأمل ، فبادر الأجل بالعمل فانه لاعمل بعد الأجل . إن الرعاة مؤدون إلى ربهم مايؤد الراعى إلى ربه فأقم الحق فيما ولاك الله وقلدك ولو ساعة من نهار ، فان أسعد الرعاة عند الله يوم القيامة راع سعدت به رعيته ، ولا تزغ فتزيغ رعيتك . وإياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب ، وإذا نظرت إلى أمرين أحدهما للآخرة والآخر للدنيا فاختر أمر الآخرة على أمر الدنيا فان الآخرة تبقى والدنيا تفنى ، وكن من خشية الله على حذر ، واجعل الناس عندك فى أمر الله سواء القريب والبعيد ، ولا تخف فى الله لومة لائم واحذر فان الحذر بالقلب وليس باللسان ، واتق الله فان التقوى بالتوقى ومن يتق الله يقه ، واعمل لأجل مفضوض وسبيل مسلوك وطريق مأخوذ وعمل محفوظ ، ومنهل مورود فان ذلك المورد الحق والموقف الأعظم الذى تطير فيه القلوب وتنقطع فيه الحجج لعزة ملك قهرهم جبروته والخلق له وآخرون بين يديه ينتظرون قضاءه ويخافون عقوبته وكأن ذلك قد كان . . .

ثم يقول فالله الله فان البقاء قليل والخطب خطير والدنيا هالكة وهالك من فيها والآخرة هى دار القرار . فلا تلق الله غدا وأنت سالك سبيل المعتدين فأن ديان يوم الدين إنما يدين العباد بأعمالهم ولا يدينهم بمنازلهم ، وقد حذرك الله فاحذر انك لم تخلق عبثا ، ولن تترك سدى ! وان الله سائلك عما أنت فيه وعما عملت به فانظر ما الجواب .

وبعد كلام يقول : فاحذر أن تضيع رعيك فيستوفى ربها حقها منك ويضيعك — بما أضعت — أجرك الخ . » .

فلقد وقع بين الرشيد ونصرانى خصومة ، ورفع أمرها إلى القاضى أبى يوسف فحكم على الرشيد ، وحين أدركته الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أنى وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد وبكى !!(١) .

وقد خوصم أمير المؤمنين الهادى إليه فى بستان وكان الحكم فى الظاهر للهادى . وفى الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادى لأبى يوسف : ماصنعت فى الأمر الذى نتنازع إليك فيه ؟ فقال خصم أمير المؤمنين يسألنى أن أحلف أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ،فقال له الهادى . وترى ذلك ؟ قال . فقد كان ابن أبى ليلى يراه ، فقال اردد البستان عليه ، وإنما احتال عليه أبو يوسف لعلمه أن الهادى لايحلف .

ولقد رد شهادة الفضل بن الربيع لما شهد أمامه فى خصومة ، فشكاه إلى الخليفة الذى قال له . إن وزيرى رجل دين لايشهد الزور فلم رددت شهادته ؟ قال لأنى سمعته يقول يوما للخليفة أنا عبدك ، فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذبا فكذلك ، فعذره الخليفة .

وبعد : فان أبا يوسف هو أول من صنف فى مذهب إمامه . ألف

---

(١) فى المبسوط ج ١٦ ص ٦١ حكى أن أبا يوسف رحمه الله قال فى مناجاته عند موته : اللهم إن كنت تعلم أننى تركت العدل بين الخصمين إلا فى حادثة واحدة فاغفرها لى ؛ قيل وما تلك الحادثة قال : ادعى نصرانى على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنى أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاباة مع خصمه ولكنى رفعت النصرانى إلى جانب البساط بقدر ما أمكننى ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوى بينهما فى المجلس فهذا كان جورى .

(٢) راجع تاريخ القضاء فى الاسلام والبحر الرائق ج ٨ ص ١٠٠ ،

كتباً كثيرة لم يبق منها إلا بعضها ، ككتاب الخراج ، وكتاب الرد على سير الأوزاعى ، وكتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى .

رحل إلى المدينة وأخذ عن الإمام مالك بعد أن ناظره فى كثير من المسائل ولما رجع إلى العراق عمل على التقريب بين المذهبين ، مذهب الحجازيين ، ومذهب العراقيين . وكانت وفاته ببغداد لأنه انتقل إليها مع إمامه بعد بنائها . وبقى بها إلى أن توفى فيها ،

محمد بن الحسن الشيبانى: كان أبوه من الشام ، وقدم إلى العراق فولد له محمد بواسط سنة ١٣٢ ﻫ ، وهو من الموالى ، ونسبته إلى شيبان بالولاء . نشأ بالكوفة وطلب الحديث ، وصحب أبا حنيفة ، وأخذ عنه الفقه ، ولكن وفاة الامام وهو صغير جعلته ينتقل إلى أبى يوسف ، ويتتلمذ له ، ونبغ فى ذلك حتى سبق شيخه أبا يوسف ، ولهذا حصلت بينهما وحشة فى أواخر أيام أبى يوسف .

رحل إلى المدينة ، وأخذ عن الامام مالك ثلاث سنين ، وروى الموطأ عنه ، وأخذ عنه الشافعى ، وقد أثر فى فقهه لقاؤه لمالك والشافعى . وإليه يرجع الفضل فى تدوين مذهب أبى حنيفة بما ألفه من كتب كثيرة .

تولى القضاء فى عهد الرشيد بالرقة ، ثم عزل سنة ١٨٧ ﻫ ، ورجع إلى بغداد ، وتوفى وهو فى رحلة مع الرشيد سنة ١٨٩ ﻫ .

هؤلاء هم أشهر أصحاب أبى حنيفة أخذوا الفقه عنه ، واجتهدوا بعده ، وخالفوه فى كثير من المسائل ، ولذا تذكر آراؤهم فى كتب الحنفية مع أراء إمامهم ، إما موافقين ، أو مخالفين . كلهم أو بعضهم ، أما زفر فيذكر رأيه منسوباً إلى اسمه . وأما أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد فتارة يتفق رأيهم ، وتارة يختلف ، فاذا كان لأحدهم رأى منفرد نسب إلى اسمه ، وإن اجتمع

اثنان على رأى فان كان أبو حنيفة وأبو يوسف معاً . قيل : هذا رأى الشيخين لأنهما شيخا محمد بن الحسن ، وإذا كان أبو حنيفة ومحمد قيل : هـذا رأي الطرفين لأن أبا يوسف يتوسطهما فى السن . وإذا كان أبو يوسف ومحمد قيل هذا رأى الصاحبين ، لأنهما صاحبا أبى حنيفة ، واليهما يرجع الفضل فى تدوين المذهب ونشره ، وإذا اتفق الكل قيل . هذا رأى أئمتنا . ويقابله رأى غيرهم من الأئمة الآخرين .

هذا وقد قسم علماء الحنفية مسائل الفقه عندهم إلى ثلاث طبقات .

الطبقة الأولى . مسائل الأصول ، والثانية مسائل النوادر ، والثالثة الفتاوى والواقعات .

أما مسائل الأصول ، وتسمى « ظاهر الرواية » فهى التى رويت عن أبى حنيفة وأصحابه لكنها فى الغالب تكون قول الإمام وصاحبيه أبى يوسف ومحمد ، أو قول بعضهم ، كما أشرنا إلى ذلك .

جمع الإمام محمد هذه المسائل فى كتب ستة (١) تسمى كتب ظاهر الرواية، لأنها رويت عنه برواية الثقات . وهى : المبسوط ، والجامع الصغير ، والجامع الكبير ، والزيادات . ألفها بعد تأليف الجامع الكبير استدراكا لما فاته فيه من

---

(١) والفرق بين كتب أبى يوسف وكتب محمد أن كتب أبى يوسف مملوءة بالاستدلال ، وبيان وجهة نظره ونظر إمامه فيما نقله عنه ، وأما كتب محمد فهى خالية من الاستدلال ، إلا ما كان يصدر به كل باب من أبوابه بذكر الآثار التى تعتبر بمثابة الأصل فى الباب . هذا إذا استثنينا كتابه الرد على أهل المدينة الذى نقله الشافعى فى الأم فانه مملوء بالاستدلال بالآيات والأقيسة ، ولعل السبب فى ذلك أن محمداً كان يقصد تدوين المذهب كله فاكتفى بذكر المسائل المجردة .

المسائل ، والسير الصغير ، والسير الكبير(٢)، وهما موضوعان في قوانين الحرب.

هذه الكتب جمعها الحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٣٤ هـ في كتاب الكافي بعد حذف المكرر منها ، ثم شرح الكافي بعد ذلك محمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ في كتاب المبسوط ، وهو يقع في ثلاثين جزءاً وطبع في مصر.

وأما مسائل النوادر فهي التي رويت عن أبي حنيفة وأصحابه في كتب أخرى كالهارونيات والكيسانيات والرقيات (٢) للامام محمد بن الحسن ، وككتاب المجرد للحسن بن زياد.

وأما الفتاوى والواقعات فهي المسائل التي استنبطها المجتهدون في المذهب من علماء الحنفية لما سئلوا عن هذه المسائل ، ولم يجدوا فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣ هـ ، كما يقول ابن عابدين ، وقد قدمنا ذكر أمثلة لكتب الفتاوى ، وهي تخالف هذه في أن ما فيها مأخوذ من كتب الفقه ، وقليل منه مستنبط حكمه.

ومذهب الحنفية تنقل في بلاد كثيرة ، وهو الآن المذهب الغالب من

---

(٢) قيل في تعليل التكرار في أسماء كتبه : الجامع الكبير والجامع الصغير ، والجامع الكبير والسير الصغير إن اسم الصغير . جمع المسائل التي اتفق فيها مع أبي يوسف ورواه عنه أو اطلع عليه وأقره . ولذلك يقول في أول كل فصل « محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة » وأما الكبير فمن صنعه وحده ولم يروه عن أبي يوسف.

(٢) الهارونيات . مسائل أملاها في دولة هارون الرشيد . والكيسانيات نسبة إلى راويها شعيب بن سليمان الكيساني . والرقيات كتاب جمع فيه ماعرض له من المسائل وهو قاضي الرقة.

مذاهب أهل السنة فى جمهورية العراق وإقليم سورية والباكستان ، والأفغانستان ، وتركيا ، وفى البرازيل بأمريكا الجنوبية .

المذهب المالكى

فى رحاب المدينة مهبط الوحى ، ومقر التشريع قرابة أربعين عاماً فى عصرى النبوة والخلفاء الراشدين ، وموطن جمهرة الصحابة ، ومحط رحال الفقهاء والعلماء ، حيث تروى أحاديث الرسول القولية ، ويتابع الناس العمل بسنته العملية جيلا بعد جيل ، ويتناقلون سنة الخلفاء من بعده .

فى هذا الجو العلمى الروحى نشأ المذهب المالكى . أسس بنيانه ، وشيد أركانه ، ووطأ طرقه وعبدها إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحى ، سليل بيت العلم . فجده مالك تابعى كبير ، وجده الأعلى أبو عامر صحابى جليل ، ونسبته إلى قبيلة ذى أصبح اليمنية ، وجاء أحد أجداده إلى المدينة وسكنها وتناسل حتى ولد له هذا الإمام سنة ٩٣ هـ . فلما كبر تلقى العلم والحديث عن شيوخها الكثيرين ، ولما كمل عقله ، وتم نضجه ، وتأهل للتدريس جلس له وسط حلقات شيوخه بعد أن شهد له منهم سبعون شيخاً كما أخبر عن نفسه ، ولقد حببت له المدينة موطنه ومدرسته ، فآثرها بما حباه الله من فضل وعلم ، فظل فيها طول حياته — لم يخرج منها إلا للحج — يفتى ويعلم حتى توفى سنة ١٧٩ هـ فى خلافة الرشيد .

ولقد قصده العلماء والطلاب من كل قطر ليأخذوا عنه ، فانتشر مذهبه فى كثير من الأقطار على أيدى هؤلاء التلاميذ .

شهد له الأئمة بالفضل والأمانة والعلم ، حتى قيل : لا يفتى ومالك بالمدينة . أنظر إليه وقد جاءه رجل فى مسألة ليستفتيه ، فيقول له . لا أحسنها ، فلما قال له الرجل . تقول لا أحسنها وقد ضربت إليك الأرض من كذا وكذا

لأسألك عنها ؟ ماذا أقول لأهلى؟ قال : قل لهم سألت مالكا فقال: لا أحسنها.

وكان يقول : « إن هـذا العلم دين فانظروا عمن تأخذون دينكم ، لقد أدركت سبعين ممن يقولون: قال رسول الله عند هذه الأساطين « عمد المسجد» فما أخذت عنهم شيئاً ، وأن أحدهم لو أؤتمن على بيت مال لكان أميناً » .

زهد فى الدنيا . ولم يركن إليها ، يدل لذلك أن الرشيد لما أراد الرجوع إلى العراق بعد تمام حجه قال له : ينبغى أن تخرج معى ، فإنى عزمت أن أحمل الناس على الموطأ كما حمل عثمان الناس على القرآن ، فقال : أما حمل الناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل، لأن أصحاب رسول الله افترقوا بعده فى الأمصار فحدثوا فعند أهل كل مصر علم، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اختلاف أمتى رحمة » ، وأما الخروج معك فلا سبيل إليه ، لأن رسول الله قال : «سيخرجون بعدى من المدينة لأجل الدنيا ، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون(١)

حافظ على جلال العلم وعزته ، فها هو ذا يأبى أن ينتقل إلى بيت الخليفة هارون الرشيد لما طلب منه الحضور إليه ليسمع منه ابناه الأمين والمأمون كتابه الموطأ ويقول فى صراحة مقنعة : « أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج، فإن أنتم أعززتموه يعز، وإن أذللتموه ذل ، والعلم يؤتى ولا يأتى » فقال : صدقت، أخرجا إلى المسجد حتى تسمعا مع الناس ، قال مالك : بشريطة ألا يتخطيا رقاب الناس، ويجلسا حتى ينتهى بهما المجلس، فحضرا بهذا الشرط(٢).

وقد امتحن سنة ١٤٧ هـ . وضرب(٣) بالسياط ، وانفكت ذراعه ، وبقى مريضاً حتى مات ، وسببها أنه أفتى بعدم لزوم طلاق المكره ، وقد كانوا يكرهون الناس على الحلف بالطلاق عند البيعة ، فرأوا أن الفتوى تنقض البيعة . وتهون الثورة عليهم ، وقيل فى سببها : إن تلميذه ابن القاسم سأل عن

---

(١) مفتاح السعادة ج ٢ ص ٨٧

(٢) المرجع السابق ص ٨٦ (٣) ضربه جعفر بن سليمان والى المدينة .

البغاة : أيجوز قتالهم ؟ فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز ، قال : فإن لم يكن مثله ، فقال دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كليهما .

ألف كتاب الموطأ(١) ، وأقام فى تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة ؛ وسماه بذلك لأنه وطأ ومهد للناس ما اشتمل عليه من الحديث والفقه . أو لأن العلماء المعاصرين له بالمدينة واطئوه ووافقوه عليه . وهو كتاب جمع بين الحديث والفقه .

ومن الكتب التى حفظت المذهب . كتاب المدونة التى رواها سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك رضى الله عنه . وغيرها من الكتب .

أصول مذهبه : الكتاب ثم السنة ثم الإجماع الذى يعبر عنه بقوله : إنه الأمر المجتمع عليه » . والقياس . وأعطى لعمل أهل المدينة منزلة فى العمل حتى كان يقدمه على خبر الواحد من الأحاديث إذا كان مخالفاً له . لأن عملهم فى نظره بمنزلة مرويهم ، فهم توارثوه عمن سبقهم طبقة عن طبقة إلى الصحابة

---

(١) ألفه فى أواخر عهد المنصور وانتهى منه لأول مرة سنة ١٤٨ هـ ، وجملة ما فيه من الآثار عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة والتابعين ١٧٣٠ حديثاً ، المسند منها ٦٠٠ ، والمرسل ٢٢٢ ، والموقوف ٦١٣ ، ومن أقوال التابعين ٢٨٥

وقيل إنه روى مائة ألف حديث اختار منها فى الموطأ عشرة آلاف ، ثم لم يزل يعرضها على الكتاب والسنة العملية حتى رجعت إلى ٥٠٠ حديث مسند.

ولقد روى الموطأ بروايات كثيرة، قيل إنها بلغت عشرين أو ثلاثين لم يصلنا منها إلا اثنتان . رواية يحيى بن يحيى (المتوفى سنة ٢٣٤ هـ) ، ورواية محمد بن الحسن ، والاختلاف كثير بين هذه الروايات ، وسببه يرجع إلى اختلاف أوقات سماع هؤلاء الرواة من الإمام، وكثرة تغييره وتعديله فيه ، ويجب أن يلاحظ أن كتاب الموطأ ليس من كتب الحديث، بل كتاب جمع بين الحديث والفقه لأن طريقة تأليفه أن يذكر الأحاديث والآثار التى صحت عنده فى الموضوع الواحد ويعقبها بذكر أجوبة المسائل التى سئل عنها وقد يبدأ بذكر المسألة وحكمها وما يدل على هذا الحكم من أدلة .

وأحياناً يذكر حكم علماء المدينة فيقول « الأمر الذى لا خلاف فيه عندنا » .

وكان يعبر عنه بقوله « ذلك الذى عليه أمر الناس عندنا » أو « الذى عليه الأمر عندنا » فإذا اختلفوا اختار من أقوالهم واستحسن منها ، ويشير إليه بقوله « وعند بعض أهل العلم ببلدنا ». وخالفه غيره من الأئمة فى ذلك استناداً إلى أن كثيراً من الصحابة خرج بما معه من السنة إلى الأمصار الأخرى . ولم تكن السنة مقصورة على أهل المدينة فقط حتى يقال : إن عملهم بمنزلة مرويهم. وقد عمل أيضاً بالمصالح المرسلة ، وتوسع فى العمل بها حتى نسب العمل بها إليه دون سائر الأئمة . كما عمل بالاستحسان فى مسائل كثيرة . وبأقوال الصحابة متى صح سندها ولم يرد فى موضعها حديث .

ومن هنا لم يكن الإمام مالك من مدرسة أهل الحديث التى تكره الرأى والعمل به ، بل كان من مدرسة أهل الرأى المعتدلين فى الأخذ به . أو من مدرسة الحديث الذين لم يقفوا جامدين عند النصوص . ذلك أنه لم يقتصر على الإفتاء فيما وقع فى بلده . بل أفتى فيه وفيما وقع فى البلدان الأخرى حينما سأله تلاميذه القادمون عليه من كافة الأقطار .

تلاميذه : كان للإمام مالك تلاميذ كثيرون ، تفقهوا عليه ، ثم نشروا مذهبه فى الشرق والغرب نذكر منهم .

١ — أبو عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٢٨ هـ . وتوفى بمصر سنة ١٩١هـ. سافر من مصر إلى المدينة ، ومكث، يتلقى العلم عن الإمام مدة عشرين سنة ؛ حتى صار أول التلاميذ ، وخرج بشهادة عظيمة من إمامه ، فقد سئل مالك عن ابن القاسم وابن وهب فقال : « ابن وهب عالم وابن القاسم فقيه » ، بلغ درجة الاجتهاد المطلق ، ولكنه لم يستقل برأى خاص ، كما فعل أبو يوسف ومحمد ابن الحسن مع إمامهما ، وهو صاحب المدونة التى حفظت المذهب ورواها عنه سحنون .

٢ — أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم ولد سنة ١٢٥ هـ ، وتوفى فى أواخر القرن الثانى قبل سنة ١٩٧ هـ ، رحل إلى الإمام لتلقى العلم عنه سنة ١٤٨ هـ ، وبقى معه مدة طويلة خرج بعدها بلقب المفتى ، لقبه إمامه به ، فقد كان الإمام إذا راسله يكتب إليه إلى ابن وهب المفتى ، ولم يكتب لغيره بهذا اللقب . ومع هذه المنزلة فى الفقه كان ورعا زاهداً فى المناصب ، أبى أن يتولى القضاء بمصر لما عرض عليه ، واختفى ولزم بيته .

٣ — أشهب بن عبدالعزيز القيسى ولد سنة ١٤٥ هـ ، وتوفى سنة ٢٠٤ هـ بعد وفاة الإمام الشافعى بثمانية عشر يوماً ، كان فقيهاً بارعا انتهت إليه رياسة المذهب بمصر بعد ابن القاسم ، شهد له الإمام الشافعى بأنه لم يشهد أفقه منه فى زمانه .

٤ — أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المصرى ولد بالإسكندرية سنة ١٥٥ هـ وتوفى سنة ٢١٤ هـ ، فقيه كبير انتهت إليه رياسة المذهب بعد أشهب ، وكان مع فقهه صاحب جاه ومال . ولما جاء الشافعى إلى مصر نزل ضيفاً عليه .

وتفقه عليه ابنه محمد حتى صار إماماً فى الفقه مثل أبيه .

٥ — أصبغ بن الفرج الأموى . تفقه على ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، ولم يأخذ عن الإمام ، لأنه دخل المدينة حين توفى ، وبالرغم من عدم لقياه للإمام وأخذه عنه مباشرة إلا أنه كان من أعلم خلق الله بآراء مالك ، يعرفها مسألة مسألة ، ويعرف متى قالها ، ومن خالفه فيها ، وهى مرتبة كبيرة لا يصل إليها إلا قليل التلاميذ ، وتوفى سنة ٢٢٥ هـ .

٦ — محمد بن ابراهيم الإسكندرى المعروف بابن المواز . فقيه كبير ألف كتابه المشهور بالموازية ، رد فيه فروع المذهب إلى أصوله ، حتى قيل عنه : إنه أجل كتاب ألفه تلاميذ الإمام مالك . وتوفى سنة ٢٦٩ هـ .

هؤلاء كلهم مصريون . وللإمام تلاميذ غيرهم فى كل الجهات منهم .

١ — أسد بن الفرات التونسى النشأة أخذ الفقه عن مالك ، ثم انتقل إلى العراق ، وأخذ عن أصحاب أبى حنيفة ، ثم جاء إلى مصر وعرض على ابن القاسم ما أخذه من فقه الحنفية . فأفتاه فى هذه المسائل بحكمها فى مذهب مالك . فرتب ذلك فى كتاب سمى بالأسدية ، وسمع هذا الفقه والرحلات فيه كان مجاهداً عظيما تولى قيادة جيش لغزو صقلية فمات شهيداً ٢١٣ هـ .

٢ — سحنون وهو عبدالسلام بن سعيد التنوخى .أصله شامى من حمص ولد سنة ١٦٠ هـ، ثم انتقل إلى القيروان بشمال أفريقيا مع أبيه ، فأخذ العلم عن علمائها ، ثم انتقل إلى مصر ، وأخذ فقه مالك من ابن القاسم وأشهب وابن وهب، ولقد عرض على ابن القاسم مدونة أسد بن الفرات فصححها له ، ثم رجع بها إلى القيروان ونشرها هناك ، وترك الناس مدونة أسد « الأسدية » لامتناعه عن تغييرها ، وتولى القضاء فى عهد بنى الأغلب مجاناً ، فلم يكن يأخذ عليه أجراً ، بل يأخذ لأعوانه فقط ، وتوفى سنة ٢٤٠ هـ .

ومذهب مالك تنقل فى بلاد كثيرة ، وهو الآن الغالب فى صعيد مصر والسودان ، والكويت وقطر والبحرين . والأحساء مع المذهب الحنبلى . وفى بلاد المغرب كلها ،

موازنة بين المذهبين « الحنفى والمالكى » :

بعد هذا العرض نستطيع أن نوازن بين هذين المذهبين فنقول :

إنهما يتوافقان فى العمل بالكتاب والسنة ، والإجماع والرأى ، وأن الكتاب مقدم على كل ما عداه ، ويجىء من بعده السنة الصحيحة التى لا يعارضها شيء آخر ، ثم الاجماع متى صح ونقل نقلا صحيحاً ، ثم الرأى وهو لا ينحصر

عندهما فى القياس كما ذهب إليه بعض الأئمة ، وقد اتفقا على العمل بأقوال الصحابة المتفق عليها والمختلف فيها ، وبعد ذلك يفترقان فى أمور منها :

أولا : أن أبا حنيفة شرط فى العمل بالسنة أن يكون الحديث مشهوراً إذا كان فى موضع تعم فيه البلوى ، فإذا لم يكن مشهوراً تركه لاحتمال أنه موضوع ، وفى غير مواضع عموم البلوى يعمل بأحاديث الآحاد المسنده ، والمرسلة التى أرسلها الصحابى أو التابعى لايقدم عليها شيئاً وافقت عمل أهل المدينة أو خالفته .

والإمام مالك لم يشترط الشهرة فى الحديث ، ولكنه شرط فى أحاديث الآحاد عدم مخالفتها لعمل أهل المدينة ، فإذا خالف الحديث عمل أهل المدينة تركه وعمل بما عليه أهل المدينة ، لأنه يرى أن عملهم بمنزلة مرويهم ، فهو فى نظره سنة عملية متوارثة متفق عليها ، فتكون أقوى من حديث الآحاد ، بل تفيد أنه منسوخ .

ثانيا : إن الإجماع فى نظر أبى حنيفة هو الإجماع العام الذى يكون من جميع المجتهدين فى جميع البلدان سواء أكان صريحاً أم سكوتيا ، ولم يرد به إجماع علماء بلد بذاته ، والإمام مالك يتوسع فيه فيجعله شاملا للاجماع العام ، ولإجماع أهل المدينة .

ثالثا : إن أبا حنيفة توسع فى استعمال الرأى حتى عد من مدرسة أهل الرأى ، بل اعتبر إمامها ، والامام مالك لم يتوسع توسعه ، بل أخذ منه بقدر حتى اختلف فيه العلماء ، فعده بعضهم من مدرسة أهل الحديث ، وآخرون من مدرسة أهل الرأى ، بينما اتفق الجميع على أن أبا حنيفة من مدرسة الرأى .

رابعا : إن المذهب المالكى اعتمد على المصالح المرسلة كأصل من الأصول يستند إليها فى كثير من الأحكام .

أما المذهب الحنفى فلم يعتبرها أصلا مستقلا ، بل أخذ منها بقدر تحت عنوان الاستحسان .

خامسا : إن المذهب المالكى مذهب فردى جاء نتيجة اجتهاد إمامه وحده وليس لأصحابه فيه إلا قليل من الأحكام التى استنبطوها بناء على أصول إمامهم لأنه لم يكن فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق — إلا ما قيل عن ابن القاسم — كأصحاب أبى حنيفة بل كانوا من المجتهدين فى المذهب ، ولذلك قل خلافهم مع إمامهم ، وبعكس هذا كان المذهب الحنفى ، فلم يكن عملا جماعياً اشترك فيه مع الامام تلاميذه فى حياته وبعد وفاته ، فقد كان فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق كأبى يوسف ومحمد ، ومن هنا كثر اختلافهم مع الامام حتى قيل - بحق - إن المذهب الحنفى هو جملة مذاهب تجمعت ونسبت إلى إمام واحد .

سادسا : يختلفان فى طريقة النقل . فقد نقل المذهب الحنفى بطريق واحد وهو عمل التلاميذ حيث لم يدونه الامام بنفسه . وأما المذهب المالكى فقد نقل بطريقين .

١ — ما كتبه الامام بنفسه فى كتابه الموطأ — ٢ — رواية التلاميذ عنه . وهم كثيرون من كل قطر .

المذهب الشافعى

فى مواطن الفقهاء المختلفة ، وفى نواحى الدولة الاسلامية ، ومن ثنايا الرحلات العديدة ، وفى ساحة المناظرات التى وقعت هنا وهناك تكون هذا المذهب وسطا بين فقه الحجازيين وفقه العراقيين مدون الأصول والفروع بأسلوب عربى رصين من إملاء صاحبه الأول .

أنشأه وأسسه الإمام أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي يلتقي نسبه مع رسول الله في عبدمناف ، ولد بغزة بالشام سنة ١٥٠ ه ، ولم تكن وطن آبائه وإنما انتقل إليها أبوه فولد هناك ، وتوفي أبوه وهو صغير ، فتولت أمه تربيته فانتقلت به إلى مكة وطن آبائه الأصلي ، فكان ماحدث به هو عن نفسه ، قال مرّ على رجل وأنا أروى الشعر فقال: عزّ على ألا يكون مع هذه الفصاحة والذكاء فقه ، فتكون قد سدت أهل زمانك ، فقلت . ومن بقي يقصد ، فقال هذا مالك سيد المسلمين يومئذ (١) ، فوقع في قلبي ، فاستعرت الموطأ وحفظته في تسع ليال ورحلت إليه ، وهنا يقرأ الموطأ عليه عدة مرات ، ويظهر نبوغه ويفيض ذكاؤه عند شيخه فيحظى عنده بالمنزلة الرفيعة ويلازمه حتى وفاته سنة ١٧٩ ه ، ثم يخرج إلى اليمن ليتولى وظيفة هناك ، وفي سنة ١٨٤ ه اتهم بالتشيع ومبايعة أحد أئمة الزيدية ، فأخذ الى العراق ، ولما تمت براءته أمام الرشيد وجد الفرصة مهيأة للاتصال بعلماء العراق ، فأضاف علمهم إلى ماعنده من علم الحجازيين ، ثم عاد إلى مكة ، واختلط بعلمائها ، ومن يفد إليها من علماء الأقطار الأخرى للاستفادة أو الحج ، وفي سنة ١٩٥ ه عاد إلى العراق في خلافة الأمين . ومكث بها سنتين ، ثم رجع إلى مكة ، ومنها إلى العراق مرة أخرى سنة ١٩٨ ه ، وأقام بها أشهراً كاتب فيها بعض علماء مصر ، حتى إذا ماسنحت له الفرصة جاء إليها ١٩٩ ه ، وقيل سنة ٢٠٠ ه ، ولعله جاء في أواخر سنة ١٩٩ ومكث بها حتى توفي سنة ٢٠٤ ه في خلافة المأمون .

---

(١) وقيل إنه بعد رجوعه من البادية وحفظه كثيراً من أشعارهم تفقه على مسلم ابن خالد مفتي الحرم فهو أستاذه الأول ، ثم رحل إلى المدينة وأخذ عن الإمام مالك ، وأيا ما كان فالإمام هو الأستاذ الذي أثر فيه حتى خرج من عنده فقيها استقل بمذهب خاص .

ثناء العلماء عليه :

قال الإمام أحمد بن حنبل - كان الشافعي كالشمس للدنيا ، وكالعافية للناس فانظر هل لهذين من خلف أو منهما عوض ؟!

ويقول : « لولا الشافعي ماعرفنا فقه الحديث » .

وقال ابن هشام النحوي صاحب السيرة : طالت مجالستنا للشافعي ، فما سمعت منه لحنة قط ، ولا كلمة غيرها أحسن منها ، وكلامه لغة يحتج بها .

وقال عبدالرحمن بن مهدي : « لما نظرت الرسالة للشافعي أذهلتني لأنني رأيت كلام رجل عاقل فصيح ناصح فإني لأكثر الدعاء له » .

وقال داود الظاهري : كان الشافعي رحمه الله سراجاً لحملة الآثار ، ونقلة الأخبار ومن تعلق بشيء من بيانه صار محجاجاً (١) » .

فقه الشافعي :

كان الشافعي في مبدأ حياته الفقهية متتلمذاً لمالك بن أنس إمام أهل المدينة يأخذ عنه ، ويعمل بتعاليمه ، فلما سافر إلى العراق في المرة الأولى سنة ١٨٤ هـ وجد فقهاً آخر يختلف عن فقه إمامه في طريقته وبعض نواحيه « فتطلعت نفسه إلى هذا الفقه ، فأخذ عن محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة فقه الحنفية ، ولم يكن بعمله هذا يبغي إبدال مذهب بمذهب ولا تغيير إمام بإمام ، ولكنها النفس الكبيرة الراغبة في الاستزادة لا تقنع بفضل ، ولا تقف عند حد ، نفس الشافعي الذي أخذ هذا وذاك ليقارن ويفاضل ، ويعرض ماسمعه على كتاب الله ، وماعنده من حديث رسول الله ، ليصل من ذلك إلى خير ما في الفقهين ، ويجني أطيب ثمرات الطريقتين .

---

(١) راجع مقدمة كتاب الرسالة .

عاش مع هذه المقارنة قرابة عشر سنوات إلى أن قدم قدمته الثانية إلى العراق سنة ١٩٥ ﻫ ، وسنحت له الفرصة ليستقل بالرأى ، ويترك تقليد مالك حينما وجد من العراقيين إقبالا عليه ، والتفافاً حوله ، وطلبوا منه أن يكتب لهم على كتب الحنفية فألف كتاب الحجة الذى رواه عنه أربعة من تلاميذه العراقيين أحمد بن حنبل ، وأبو ثور « ابراهيم بن خالد اليمانى الكلبى البغدادى المتوفى سنة ٢٤٠ ﻫ ، وقيل سنة ٢٤٦ ﻫ » ، والزعفرانى « الحسن بن محمد الصباح المتوفى سنة ١٦٠ ﻫ » ، والكرابيسى « أبو على الحسين بن على الكرابيسى المتوفى سنة ٢٤٥ﻫ

فعل ذلك بعد أن اتخذ لنفسه طريقة وسطاً بين الطريقتين ، طريقة أهل الحديث الذين يقفون مع النصوص ، ولا يعملون بالرأى إلا فى النادر القليل وطريقة أهل الرأى الذين يتوسعون فى العمل به ، ويتشددون فى قبول الأحاديث وسجل هذه الطريقة فى رسالته التى وضعها فى أصول الفقه .

ومن هذا الوقت أصبح الشافعى صاحب مذهب خاص ، له أصوله المحددة ومعالمه الواضحة ، يدافع عنه ويهاجم من هاجمه لا يفرق فى ذلك بين حجازى وعراقى ، ومن ورائه تلاميذ يعملون به فذاع صيته فى العراق وخارج العراق مما جعله يفكر فى رحلة أخرى فرجع إلى الحجاز وطنه الأصلى ليودعه ثم يعود إلى العراق مرة ثالثة ليمكث بها أشهراً ، ومنها يرتحل إلى مصر لتكون وطنه الأخير تأخذ علمه ، وتضم رفاته إلى اليوم ، وما إن وصلها حتى وجد بها ما جعله يفكر فى إعادة النظر فيما أملاه بالعراق ، وجد أحاديث لم يسمعها من قبل ، وفقه إمامها الليث بن سعد ، وعادات وتقاليد تغاير ما رآه وشاهده بالعراق والحجاز ، وقد كانت ملكته الفقهية بلغت الغاية فبدأ اجتهاداً جديداً فى هذا المجتمع الجديد ، وأملى على تلاميذه مذهبه الجديد الذى رجع فيه عن كثير من مسائل المذهب القديم ، ورواه عنه تلاميذه المصريون وعلى رأسهم البويطى والمزنى والربيع المرادى .

ومن هنا كان للشافعي مذهبان . مذهب قديم يعبر عنه فى كتب أصحابه بالقول القديم وآخر جديد يعبر عنه بالقول الجديد .

أصوله وطريقته فى الاجتهاد :

أصول الشافعي واضحة ليست فى حاجة إلى استنباط مما نقل عنه من فروع حيث صرح بها ورتبها فى غير موضع من كتابيه . الرسالة والأم ، وهى الكتاب والسنة الثابتة ، والإجماع إن تحقق ، فإن لم يكن فقول الصحابى الذى لا مخالف له فإذا اختلف الصحابة عمل بما يراه أقرب إلى الكتاب أو السنة ، أو بما يؤيده القياس ، ولا يخرج عن أقوالهم ، ثم يعمل بالقياس على أمر نص على حكمه فى الكتاب أو فى السنة ، أو أجمع عليه ، أو عرف عن الصحابة من غير خلاف (١) .

يقول فى كتاب الرسالة (٢) « ليس لأحد أبداً أن يقول فى شيء حل ولا حرم إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر فى الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس » وفى كتاب الأم (٣) « والعلم طبقات الأولى الكتاب والسنة إذا ثبتت ، ثم الثانية الإجماع فيما ليس فيه كتاب ولا سنة » والثالثة أن يقول بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ولا نعلم له مخالفاً منهم ، والرابعة اختلاف الأصحاب فى ذلك ، والخامسة القياس على بعض الطبقات ، ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان وإنما يؤخذ العلم من أعلى » .

تلك هى أصول الشافعي : الكتاب والسنة الثابتة والإجماع ، وقول الصحابة والقياس وإن كان لم يهمل العرف وعمل بالاستصحاب ، وظاهر من هذا

---

(١) راجع أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ على الخفيف .

(٢) ص ٣٩ وقريب منه فى ص ٥٨

(٣) جـ ٧

الترتيب أن قول الصحابى عنده مقدم على القياس مطلقاً . وقد نقل بعض الأصوليين تفصيلا فى المسألة (١)

فهو يوافق أصحاب المذهبين السابقين فى الأخذ بها ـ فى الجملة ـ ويخالفهم فى أمور

الأول : إنه لم يجعل من أصوله الاستحسان ، ولا المصالح المرسلة ، ولا عمل أهل المدينة ، أما عمل أهل المدينة فلا يرى فيه حجة أصلا ، لا فى العمل به ، ولا فى ترك السنة التى تخالفه ، وأما المصالح المرسلة ، فقد استغنى عنها بما سماه المناسبة . وهى طريق من طرق إثبات العلة فى القياس ، وأما الاستحسان فقد أنكره وبالغ فى رده ، ولكن عند التحقيق نجد الاستحسان الذى أنكره ليس هو الاستحسان الذى يقول به أبو حنيفة ومالك ، وإنما هو الحكم بالهوى من غير دليل .

الثانى : أنه يأخذ بظاهر الكتاب والسنة لا يعدل عن هذا الظاهر إلا إذا دل الدليل على أن المراد بالنص غيره .

الثالث : أنه يعمل بالسنة متى ثبتت ، ولا يشترط فى الحديث الشهرة ولا عدم المخالفة لعمل أهل المدينة ، كما شرط غيره ، فالحديث متى صح عمل به وإن كان من أخبار الآحاد مادام راويه ثقة ضابطا ، ولا يطلق العمل بالمرسل كما فعل أبو حنيفة ومالك ، بل قيده بشرط أن يؤيده دليل آخر ، كأن يكون راويه لا يرسل إلا عن ثقة ، ولذلك قبل مراسيل سعيد بن المسيب كلها لتوفر

---

(١) يقول السرخسى من الحنفية فى أصوله جـ٢ ص ١١٦ : وللشافعى قولان فيما إذا تعارض قول الصحابى مع القياس ، فنى القديم يقدم قول الصحابى ، وهو قول مالك ، وفى الجديد يقدم القياس فى العمل على قول الواحد والاثنين من الصحابة .

هذا الشرط فيها ، وفى هذا يقول فى الأم « وليس المنقطع بشيء ماعدا منقطع ابن المسيب » .

الرابع : إنه لا يعترف إلا بالإجماع العام ، فلا عبرة عنده بإجماع بلد معين مهما كانت منزلة هذا البلد ، ثم إنه لا يجزم بتحقق الإجماع ، فلا يقول أجمع الناس على كذا إلا لما ثبت فى الدين بالضرورة ، أما غيره فيقول فيه . لا أعلم فى ذلك خلافا (١) أو ماشابهها .

آثاره العلمية :

ترك الشافعى وراءه مذهباً مدون الأصول والفروع ، قام بتدوينه بنفسه، أما مذهبه القديم فقد ألف فيه كتاب الحجة كما سبق بيانه ،ولكن هذا الكتاب لم يصل إلينا كما ألفه ،لرجوعه عن كثير من مسائله، وأما الجديد فقد أملاه على تلاميذه المصريين الذين نقلوه عنه فى كتاب الأم ، وكان من رواته البويطى ، والربيع المرادى ، ورواية الأخير هى التى وصلتنا ، وعليها تعليقات لراويها مما جعل بعض الباحثين يشك فى نسبة الكتاب للشافعى ، وهذا الشك لا محل له ، لأن الكتاب من تأليف الشافعى أملاه على تلاميذه من حفظه كما يدل على ذلك كثير من عباراته ، ولغة الكتاب نفسها هى لغة الشافعى العربية الفصيحة كلغته فى كتابه الرسالة التى لم يشك أحد فى نسبتها إليه .

والكتاب مطبوع بمصر فى سبعة أجزاء فيه فقه كثير غير ما حواه من كتب أصول الفقه والحديث ، ككتاب أحكام القرآن وإبطال الاستحسان وكتاب جماع العلم ، وكتاب القياس وغيرها .

---

(١) راجع الرسالة فى ص ٥٣٤ وفى مواضع اخرى .

أما الأصول فقد ألف فيها كتابه الرسالة المشهورة أول مؤلف فى أصول الفقه . كتبها لما طلب منه عبد الرحمن بن مهدى (١) أن يضع له كتاباً فيه معانى القرآن ، ويجمع قبول الأخبار فيه ، وحجة الإجماع ، وبيان الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة فوضع له هذا الكتاب ، وأرسله مع الحارس ابن سريج الخوارزمى ، ومن هنا سمى الكتاب بالرسالة ، وحامله بالنقال .

وهذه الرسالة كتبها وهو فى مكة ،وقيل ببغداد ،وتعرف بالرسالة القديمة ولما جاء إلى مصر أملاها مرة أخرى على الربيع بعد إملاء أكثر كتبه التى فى الأم ، وتعرف بالرسالة الجديدة وهى التى وصلتنا وطبعت عدة مرات بمصر أما الأولى فلم يبق منها شىء . وبهذا يكون أهم آثار الشافعى العلمية هى كتاب الرسالة ، وما جاء فى كتاب الأم من كتب .

ومن هنا يكون مذهب الشافعى نقل بطريقين . بما كتبه بنفسه أو أملاه على تلاميذه ، وبرواية التلاميذ عنه فيما كتبوه من كتب .

تلاميذ الشافعى : كان للشافعى تلاميذ فى العراق تلقوا عنه مذهبه القديم وآخرون بمصر تلقوا عنه المذهب الجديد ، وهم كثيرون نترجم لثلاثة منهم :

١ – **المزنى :** وهو أبو ابراهيم إسماعيل بن يحيى المزنى ولد سنة ١٧٥ هـ وتوفى سنة ٢٦٤ هـ ويعتبر أمهر أصحاب الشافعى لأنه لازمه من حين حضوره إلى مصر إلى أن توفى ، بل ، والشافعية يعتبرونه مجتهداً مطلقاً حيث إنه خالف إمامه فى بعض آرائه ،وألف فى المذهب كتباً كانت سبباً فى نشر المذهب وحفظه منها مختصره المطبوع على هامش كتاب الأم .

---

(١) هو إمام من أئمة الحديث ولد سنة ١٣٥ هـ وتوفى فى سنة ١٩٨ هـ وقال فيه الشافعى : لا أعرف له نظيراً فى الدنيا .

٢ — الربيع المرادى : ولد سنة ١٧٤ ﻫ وقد كان مؤذناً بالجامع العتيق الذى بناه عمرو بن العاص بالفسطاط ، فلما حضر الشافعى إلى مصر تولى خدمته وأخذ العلم عنه، قال الشافعى فيه : ماخدمنى أحد ماخدمنى الربيع ولو أمكننى أن أطعمه العلم لأطعمته ،وهو راوى كتاب الأم عن الشافعى . سمعه منه وكتب نسخة فى حياة شيخه ،ولما توفى قرأها على الناس وزاد فيها بعض الشىء مما يعارض به شيخه أو يخالفه فيه ، وهذه الزيادة لا تخرج الكتاب عن كونه كتاب الشافعى وإنما تعتبر كالتعليق عليه كما روى الرسالة وغيرها من كتب الشافعى وتوفى رحمه الله سنة ٢٧٠ ﻫ

٣ — البويطى : هو أبو يعقوب يوسف بن يحي البويطى من قرية فى صعيد مصر تسمى « بويط » بمديرية بنى سويف أخذ العلم عن الشافعى حتى أصبح خليفته من بعده فى حلقة درسه ،وقد سئل الشافعى حين حضرته الوفاة عمن يخلفه فى مجلسه فقال : ليس أحد بمجلسى من أبى يعقوب ،وليس أحد من أصحابى أعلم منه ثم أنه وشى به إلى الخليفة الواثق بالله أيام المحنة بالقول بخلق القرآن فأمر بإحضاره إلى بغداد مقيداً ، وطلب منه القول بخلق القرآن ،فأبى فأمر به فحبس ببغداد إلى أن توفى سنة ٢٣١ ﻫ ،ومما يروى عنه أنه كان يوم الجمعة فى سجنه يغتسل ويغسل ثيابه ،فإذا سمع الأذان مشى إلى باب السجن ، فيقول له السجان: إلى أين : فيقول ،أجيب داعى الله ،فيقول له : إرجع يرحمك الله فيقول : اللهم إنى أجبت داعيك فمنعونى .

ومذهب الشافعى موجود الآن بالوجه البحرى من الجمهورية العربية المتحدة وفى فلسطين وعدن وحضرموت ، وموجود بقلة فى العراق والباكستان والمملكة السعودية ،وهو المذهب الغالب أو الرسمى فى أندونسيا .

المذهب الحنبلى

صاحب هذا المذهب ومؤسسه هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيبانى ، ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ ونشأ بها . مات والده وهو صغير . فتعهدته أمه ووجهته إلى دراسة العلوم الدينية ، فحفظ القرآن وتعلم اللغة ، ولما بلغ الخامسة عشرة بدأ دراسة الحديث وحفظه ، وفى العشرين من عمره رحل فى طلب العلم ، فرحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن ، ثم رجع إلى بغداد ودرس على الشافعى من سنة ١٩٥ الى ١٩٧ هـ ، وكان من أكبر تلاميذه البغداديين . ثم أصبح مجتهداً مستقلا وقد برز على أقرانه بحفظ السنة والذود عنها وجمع شتاتها ، وكتابه المسند يحوى نيفاً وأربعين ألف حديث .

قال شيخه الشافعى : خرجت من بغداد فما خلفت فيها رجلا أفضل ولا أعلم ولا أفقه من احمد بن حنبل ، وأثنى عليه غيره من العلماء ثناء عظيما .

فقهه : يذهب بعض المؤرخين للفقهاء ، ومن كتبوا فى اختلافهم إلى أن ابن حنبل ليس فقيها ولكنه محدث ، فابن قتيبة فى كتاب المعارف لم يذكره ضمن الفقهاء ، ويذكره المقدسى فى أحسن التقاسيم فى أصحاب الحديث ، وابن جرير الطبرى لم يذكر مذهبه فى اختلاف الفقهاء ، ويقول عنه : إنه رجل حديث لا رجل فقه .

ولعل هؤلاء نظروا إلى أنه لم يترك لنا كتاب فقه كما فعل غيره من الفقهاء الذين سبقوه ، بينما ترك لنا مسنده الجامع لآلاف الأحاديث والآثار :

والحق أنه فقيه صاحب مذهب غلبت عليه نزعة التحديث بدليل أن تلاميذه من بعده جمعوا مسائله فى الفقه وفتاويه ودونوها فى مجاميع كبيرة مما جعلت له مذهباً مستقلا يسير مع المذاهب الأخرى لا يقل عنها فى شىء ،

فهو وإن لم يدون مذهبه بنفسه فقد دونه تلاميذه ونقلوه وتركه تدوينه

يرجع إلى أنه كان يكره تصنيف الكتب فى غير الحديث خشية اشتغال الناس بالفقه عن الحديث كما يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين(١) .

ومن ينظر فى الفقه الحنبلى يجده فى أبواب المعاملات أيسر من غيره حيث يسير مع النصوص والآثار متى وجدت ، فإذا لم يكن أثر كانت الإباحة . فالقاعدة فيه أن الأشياء مباحة فى أصلها مالم يقم دليل الحظر .

محنته : فى سنة ٢١٨ هـ فى آخر سنة من خلافة المأمون العباسى أثيرت مسألة القول بخلق القرآن وهى . هل القرآن مخلوق أو قديم . مسألة أثارتها المعتزلة قبل ذلك ، وكانت عقيدتهم فيها أنه مخلوق وليس قديماً ، وقد اقتنع المأمون بعقيدتهم فأراد أن يحمل الناس عليها ففتح فيها باب المناظرة فى سنة ٢١٢ هـ . وجعل عقاب من لم يعترف بها من الفقهاء والعلماء حرمانه من وظائف الدولة أولا ، ثم انتقل الأمر إلى العقاب بالضرب والتعذيب والسجن فى سنة ٢١٨ هـ . وقد كان ذلك بتحريض وزير المأمون المعتزلى أحمد بن أبى دؤاد ومن كان معه من المعتزلة فى حاشية المأمون .

وفى هذه السنة امتحن احمد بن حنبل وجماعة من العلماء بهذه المسألة . فاعترف بها من اعترف ووقف ابن حنبل فيها موقفاً لا يلين ، فسيق مكبلا بالحديد إلى حيث يقيم المأمون خارج بغداد فى طرسوس لما خرج غازياً ، غير أن الخليفة مات قبل أن يصل إليه المقيد بالحديد ، وتولى بعده أخوه المعتصم ، فسار على طريقة المأمون فى المسأله بوصية منه . فسجن ابن حنبل ، وأمر به

---

(١) ج ١ ص ٢٢ ، وفى كشف الغمة للامام الشعرانى ج ١ ص٨ أنه قيل له مرة : لم لا تضع لأصحابك كتاباً فى الفقه فقال : أو لأحد كلام مع كتاب الله وسنة محمد صلى الله عليه وسلم .

فضرب بالسياط المرة بعد المرة حتى كان يغمى عليه فى كل مرة فلا يحس شيئاً واستمر فى سجنه وتعذيبه قرابة ثمانية وعشرين شهراً ، ولما لم يغير ذلك من عقيدته . ولم يضعف من عزيمته أطلقوا سراحه ، فعاد إلى بيته مكث به حتى التأمت جراحه ، ثم عاد للتدريس إلى أن تولى الواثق فأعاد المحنة ومنعه من مخالطة الناس فاختفى وانقطع عن التدريس أكثر من خمس سنوات إلى أن تولى المتوكل ، وأبطل هذه البدعة سنة ٢٣٣ هـ ، وترك للناس حرية اعتقادهم ، فاسترد ابن حنبل حريته وبلغ فى عصره مركزاً عظيما وبقى على ذلك حتى توفى سنة ٢٤١ هـ .

أصول مذهبه : بنى الإمام أحمد مذهبة على أصول خمسة :

الأول : الكتاب والسنة المرفوعة لا يقدم على ذلك شيئاً فمتى وجد النص عمل به لا يحيد عنه إلى غيره حتى ولو كان إجماعا .

الثانى : فتاوى الصحابة التى لا يعلم فيها خلافاً إذا لم يجد نصاً فى المسألة دون أن يعتبر ذلك إجماعاً .

الثالث : فتاوى الصحابة المختلف فيها فقد كان يختار منها أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله وما كان يخرج عنها ، فإذا لم يتبين له ذلك الأقرب حكى الخلاف ولم يجزم بترجيح أو يختار ما روى عن الخلفاء الراشدين .

الرابع : إذا لم يجد شيئاً مما سبق أخذ بالحديث المرسل أو الضعيف مادام راويه غير معروف بالكذب أو الفسق . ولم يوجد ما يدفعه من دليل آخر .

الخامس : القياس وهو آخر المراتب لأنه وضعه موضع الضرورة وكان يقول فى الحديث الضعيف : ضعيف الحديث أحب إلى من رأى

الرجال (١) ، ومراده بالضعيف الذى لحقه الضعف من جهة الضبط لا ما كان فى روايته كذاب أو فاسق .

ويلاحظ أنه اعترف بحجية الإجماع متى وجد ، ولكنه كان يستبعد وجوده حتى نقل عنه أنه قال : من ادعى الإجماع فهو كاذب ، لعل الناس اختلفوا. وكان يعبر عنه بقوله : لا أعلم فى ذلك خلافاً .

كما ثبت عنه العمل بالاستصحاب كالشافعى لاستناده إلى دليل صحيح ، بل إن الحنابلة بعده توسعوا فيه حتى فاقوا غيرهم .

وعمل بالمصالح المرسلة فى المواضع التى لا يجد فيها نصاً ولا أثراً ولا قياساً متبعاً فى ذلك سلف الأمة الصالح ومن جاء بعدهم (٢) .

تدوين مذهبه : قدمنا أن الإمام أحمد لم يدون فقهه كراهة اشتغال الناس به عن الحديث . بل كان ينهى أصحابه عن التدوين . لأن فتاويه فى نظره مجرد آراء قد يتبدل فيها فهمه واجتهاده ، وقد توفى ولم يترك وراءه فقهاً مدوناً . فقام تلاميذه من بعده بتدوين ما سمعوه منه من فتاوى ، بل قيل إن فقيها من الطبقة الثانية فى مذهبه هو الذى نقله عن الطبقة الأولى ودونه فى كتابه الجامع . ويقع فى عشرين سفراً ، ذلك الفقيه هو أبو بكر أحمد بن محمد الخلال المتوفى سنة ٣١١ هـ (٣) .

تلاميذه : للامام أحمد ـ كغيره ـ كثير من التلاميذ . منهم ولداه صالح المتوفى

---

(١) كشف الغمة ج ٢ ص ٨ .

(٢) راجع أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ على الخفيف .

(٣) راجع إعلام الموقعين ج ١ ، وكتاب ابن حنبل للاستاذ أبى زهره ص ١٨٢ وأسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ الخفيف .

سنة ٢٦٦ ه . وعبد الله المتوفى سنة ٢٩٠ ه ، وأبو بكر أحمد بن محمد بن هانىء البغدادى المتوفى سنة ٢٧٣ ه ، وأحمد بن محمد بن الحجاج المروزى المتوفى سنة ٢٧٥ ه ، وعبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميمونى المتوفى سنة ٢٧٤ ه .

ومما يلاحظ أن هؤلاء التلاميذ لم يحاولوا تدوين المذهب الذى تركه صاحبه من غير تدوين ، وإنما قام بذلك من جاء بعدهم كأبى بكر الخلال المتقدم ذكره . وأبى القاسم بن أبى على الحسين الخرقى البغدادى المتوفى سنة ٣٢٤ ه .

ثم توالت الأيام حتى جاء الامامان أحمد تقى الدين بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ ه . وتلميذه ابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ ه ، فقاما بحركة تجديد فى المذهب ، بل فى الشريعة عامة مما لفت نظر الناس إلى هـــذا المذهب ، والبحث عنه .

وفى القرن الثانى عشر الهجرى قام محمد بن عبد الوهاب بحركته التجديدية متبعاً طريقة ابن تيمية فى عقيدته وفقهه الحنبلى ، فقام النجديون من بعده بنشر تعاليم هذا المذهب حتى غدا فى عهد آل سعود المذهب الرسمى للدولة السعودية ، والغالب على أهل السنة بالأحساء مع مذهب مالك ، وموجود مع المذهب الشافعى فيما بقى من فلسطين .

تلك هى المذاهب الأربعة المشهورة التى قدر لها البقاء إلى اليوم من مذاهب فقهاء أهل السنة ، وهناك مذاهب أخرى منها لم يكتب لها البقاء ، أما لعدم تدوين أصحابها لها ، أو لعدم وجود تلاميذ يقومون عليها ، أو لأسباب أخرى سياسية أو غير سياسية ، وإليك التعريف ببعض هذه المذاهب .

١ — مذهب الليث بن سعد المصرى الذى ولد سنة ٩٤ ه بقرية قلقشندة من قرى مديرية القليوبية وتوفى سنة ١٧٥ ه ، وكان الليث فقيهاً جليلا لا يقل

فى فقهه عن الأئمة الأربعة(١) ، وله مذهب خاص لم يصمد للبقاء أمام مذهب مالك ، ومذهب الشافعى اللذين تقاسما مصر بعد وفاته لأسباب منها : ١ — عدم تدوينه له كما فعل غيره ٢ — قلة أتباعه الذين خلفوه على رعاية المذهب ٣ — حسد أقرانه له حيث كان مسموع الكلمة عند الخلفاء والأمراء ، فعملوا على تشجيع المذاهب الأخرى ، وصرف الناس عن مذهبه ، ولقد قال الإمام الشافعى فيه : « الليث أفقه من مالك إلا أنه ضيعه أصحابه » ،ولقد كان باراً بأصحابه وذوى الحاجات ينفق عليهم كل دخله الذى يبلغ خمسة آلاف دينار ، عرضت عليه الولاية على مصر من قبل المنصور العباسى فأبى .

٢ — **مذهب الأوزاعى** : وصاحبه أبو عمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعى ولد بالشام سنة ٨٨ هـ . وقضى معظم حياته فيها إلى أن توفى سنة ١٥٧ هـ وقيل سنة ١٥٩ هـ ،كانت له رحلات لرواية الحديث والفقه عن كبار الفقهاء فى عصره ، وكان من مدرسة أهل الحديث ، بنى مذهبه على النصوص ، فالعمدة عنده كتاب الله ، ثم سنة رسوله ما كان ليقدم على الحديث شيئاً بعد صحته ، حتى ليروى الذهبى فى تذكرة الحفاظ(٢) أنه كان يقول : « إذا بلغك عن رسول الله عليه وسلم حديث فإياك أن تقول بغيره فإنه كان مبلغاً عن الله » .

انتشر مذهبه فترة من الزمان فى بلاد الشام والأندلس ، ثم توارى أمام مزاحمة مذهب الشافعى فى الشام(٣) ، ومذهب مالك بالأندلس فى القرن الثالث

(١) ومراسلاته مع الإمام مالك تدل على مبلغ فقهه وقوة إدراكه وذكائه .

(٢) جـ ١ صفحة ١٧٠

(٣) يروى أنه بقى منتشراً بالشام حتى ولى قضاء دمشق أبو زرعة محمد بن عثمان من أتباع الشافعى الذى أدخل مذهبه بالشام وعمل على نشره ، وكان يهب لمن يحفظ مختصر المزنى مائة دينار ، وكثرت الدعوة لمذهب الشافعى بالشام حتى انقرض أتباع الأوزاعى فى القرن الرابع .

٣ — المذهب الظاهرى : ومؤسسه أبو سليمان داود بن على الأصفهانى ولد سنة ٢٠٠ وتوفى سنة ٢٧٠ هـ .

قلد الشافعى مدة ، وتعصب له ، ثم ترك تقليده واستقل بمذهب خاص بناه على ظواهر النصوص من القرآن والسنة ، ويترك كل أنواع الرأى من قياس واستحسان وغيرهما ، فالأصول عنده الكتاب والسنة والإجماع ، ويقصره على إجماع الصحابة ، لكنه لما اضطر إلى غير النصوص عمل بالرأى ، وسماه دليلا أو استدلالا .

ومن علماء هذا المذهب أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، جاهد فى نشر هذا المذهب والدفاع عنه ، وألف فيه كتاب المحلى فى الفقه ، وكتاب الإحكام فى أصول الأحكام فى أصول الفقه ، وقد اشتهر ابن حزم بأسلوبه الشديد فى مناقشة أئمة المذاهب الأخرى حتى ملئت كتبه بالعبارات القاسية .

وهذا المذهب قدر له البقاء فترة من الزمن ثم أخذ يضعف شيئاً فشيئاً حتى انتهى فى القرن الثامن تقريباً .

٤ — مذهب سفيان الثورى : ولد صاحبه سنة ٩٧ هـ بالكوفة ، وتوفى بالبصرة سنة ١٦١ هـ . كان فقيهاً جليلا من مدرسة الحديث ورعاً لا يرهب فى الحق أحداً ، وكانت له مواقف مشهورة مع الخلفاء ، أراده المنصور ليتولى القضاء ، فكتب له كتاباً يتولى به قضاء الكوفة على ألا يعترض عليه فى حكم ، فأخذ الكتاب وخرج ثم رمى به فى نهر دجلة وهرب ، فبحثوا عنه فى كل بلد فلم يجدوه ، وبقى مختفياً حتى توفى رضى الله عنه ، ودفن عشاء وكان قد أوصى إلى عمار بن سيف فى كتبه فمحاها وأحرقها .

موقف الأئمة من التقليد

قدمنا أن تدوين المذاهب الفقهية كان سبباً من أسباب التقليد ، وأن الفقهاء تركوا الاجتهاد ، واشتغلوا بهذه المذاهب منتصرين لها داعين الناس إلى العمل بها ، ونريد أن ننبه هنا إلى أن الأئمة لا دخل لهم في هذا المسلك ، فهم لم يلزموا الناس بتقليدهم بل نهوا عن ذلك ، وشددوا النكير على من يعمل بآرائهم من غير أن يقف على ما استندوا إليه من أدلة .

وإليك بعض ما روى عنهم فى ذلك :

جاء فى كتاب حجة الله البالغة(١) للدهلوى . روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه كان يقول : « لا ينبغى لمن لم يعرف دليلى أن يفتى بكلامى » .

وكان إذا أفتى يقول : هذا رأى النعمان بن ثابت « يعنى نفسه » وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاء بأحسن منه فهو أولى بالصواب .

كما ثبت عن الإمام مالك أنه قال : « ما من أحد إلا وهو مأخوذ من كلامه ومردود عليه إلا رسول صلى الله عليه وسلم .

وروى الحاكم والبيهقى عن الشافعى رضى الله عنه أنه كان يقول : « إذا صح الحديث فهو مذهبى » ، وفى رواية « إذا رأيتم كلامى يخالف الحديث فاعملوا بالحديث ، واضربوا بكلامى الحائط ، وقال : مهما قلت من قول أو أصلت من أصل فبلغ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ما قلت ، فالقول ما قاله صلى الله عليه وسلم .

وقال يوماً لتلميذه المزنى : يا إبراهيم لا تقلدنى فى كل ما أقول وانظر فى ذلك لنفسك فإنه دين » .

---

(١) ج ١ ص ٥٧

ومن هنا قال المزنى فى أول مختصره الذى أخذه من فقه الشافعى: اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشافعى رحمه الله ، ومن معنى قوله لأقربه على من أراده مع إعلاميه نهيه عن تقليده وتقليد غيره ، لينظر فيه لدينه ، ويحتاط فيه لنفسه (١) .

ونقل عنه أنه قال : « مثل الذى يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدرى » .

وقال الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه لرجل : لا تقلدنى ولا تقلدن مالكا ، ولا الأوزاعى ولا النخعى ولا غيرهم ، وخذ الأحكام من حيث أخذوا من الكتاب والسنة ، لاينبغى لأحد أن يفتى إلا من يعرف أقاويل العلماء فى الفتاوى الشرعية ويعرف مذاهبهم » .

هذه بعض مقالات أصحاب المذاهب فى النهى عن التقليد ، ومن يبحث فى كتبهم يجد الكثير من ذلك .

ومن هنا ندرك أن تقليد الأتباع لهم فى كل ما نقل عنهم ، والتزامهم ذلك مذهباً لا يحيدون عنه عمل جانبه الصواب إلى حد كبير ، ولو كانوا اتبعوا أقوالهم فى النهى عن تقليدهم لما وقفوا بالفقه عن مسايرة الزمن ؛ ولكنها سنة الله . تقدم وتأخر ، وارتفاع وانخفاض، واجتهاد وتقليد ، حتى يتحقق لهذه الأمة التجديد فى دينها على مر الأيام كما أخبر رسول الله عليه وسلم « إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة عام من يجدد لها دينها » .

ولا يفوتنا أن نذكر كلمة عن :

أسباب اختلاف الأئمة :

عرفنا من عرض طريقة الأئمة فى الاستنباط أنهم متفقون على أن المرجع

---

(١) هامش ص ٤٢ من الرسالة ، والمختصر مطبوع على هامش كتاب الأم .

فى ذلك هى كتاب الله أولا ، لا يقدم عليه غيره ، ثم من بعده السنة متى وجدت صحيحة ، ثم الإجماع متى تحقق، و أخيراً الرأى على اختلاف فى أنواعه

وإذا كانوا متفقين على هذه الأصول فاختلافهم إذاً يرجع إلى أمور أخرى وراء هذا .

ونستطيع أن نلخص أسباب اختلافهم فيما يأتى :

أولا : اختلاف معانى الألفاظ ، سواء كانت من القرآن ، أو السنة ، واختلاف المعانى جاء من اشتراك الألفاظ ، وترددها بين الحقيقة والمجاز ، واختلاف العرف فى معنى اللفظ .

ثانيا : اختلاف رواية الأحاديث ، فقد يصل الحديث إلى أحدهم ، ولا يصل إلى الآخر ، وقد يصل إلى هذا من طريق غير صحيح فيتركه ، وقد يصل إليهما من طريق واحد ، ولكن أحدهما يشترط فى قبول الحديث شروطاً لم يشرطها الآخر فيعمل به أحدهما ، ويتركه الآخر .

ثالثا : التعارض والترجيح بين ظواهر النصوص ، فقد اختلفوا فى هذه القاعدة حتى كان لكل واحد مسلك يغاير مسلك الآخر ،

رابعا : اختلافهم فى الأخذ بالقياس ، فمنهم من ضيق دائرته بكثرة ما شرطه من شروط فى الأخذ به ، ومنهم من وسع دائرته ، والاختلاف فى هذا الأصل هو أبرز نواحى الاختلاف كما يبدو للناظر فى كتب الأصول .

خامسا : اختلافهم فى بعض الأدلة ، والاعتماد عليها . كالاستحسان والاستصلاح والاستصحاب ، وقول الصحابى ، الذى جعله بعض الأئمة من الأدلة فيأخذ بقولهم ، ولا يخالفهم ، بينما يرى بعضهم أنها آراء اجتهادية لفقهاء غير معصومين فلا عليه حرج فى مخالفتها فى بعض المواضع .

سادساً : اختلافهم فى بعض المبادىء اللغوية التى يتوقف عليها استنباط الأحكام من النصوص ، كاختلافهم فى دلالة العام إذا لم يخصص ، هل هى قطعية كما ذهب أبو حنيفة ، أو ظنية كما يرى الشافعى ، وكاختلافهم فى مفهوم المخالفة ، وهو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكمه فى المسكوت عنه ، وكاختلافهم فى حمل المطلق على المقيد ، هل يشترط له اتحاد الحكم والسبب والحادثة أو لا ، وكالأمر المطلق هل يحمل على الوجوب أو الندب ، والنهى يحمل على التحريم أو الكراهية ، والاستثناء بعد الجمل هل يرجع إلى الكل ، أو يرجع إلى الجملة الأخيرة فقط ؟ وغير ذلك من المبادىء المذكورة فى علم أصول الفقه .

تلك هى جملة الأسباب [1] التى أدت إلى اختلاف الأئمة ، ومنها يعلم أن اختلافهم لم يكن ناشئا عن هوى فى نفوسهم ، وليس الاختلاف فى ذاته معيباً ، فقد اختلف أصحاب رسول الله فى اجتهاداتهم مع قربهم من زمن النبوة ، وتلقيهم الهدي عن صاحب الرسالة الذى قال « اختلاف أمتى رحمة » .

ولكن بعض ذوى النفوس المريضة جعلوا هذا الأمر الجميل ثغرة ينفذون منها إلى الطعن فى هؤلاء الأئمة الأعلام ، أو العيب فى شريعة الله ، فزعموا أن اختلاف الأئمة فى الاجتهاد يؤول إلى تناقض الشريعة قائلين : إننا كثيراً ما نجدهم يختلفون فى حكم الشىء الواحد ، فهذا يحكم عليه بالحل ،

---

(1) نقل الشاطبى فى موافقاته ج ٤ ص ٢١١ عن ابن السيد الذى كتب كتاباً فى أسباب اختلاف الأئمة أنه أرجع ذلك الاختلاف إلى ثمانية أسباب هى :

١ — الاشتراك الواقع فى الألفاظ واحتمالها للتأويلات .

٢ — دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز .

٣ — دوران الدليل بين الاستقلال بالحكم وعدمه .

٤ — دورانه بين العموم والخصوص ٥ — اختلاف الرواية .

٦ — جهات الاجتهاد والقياس . ٧ — دعوى النسخ وعدمه .

٨ — ورود الأدلة على وجوه تحتمل الإباحة وغيرها .

وذلك يحكم عليه بالتحريم ، ومعنى هذا أن الشريعة تحرم الشيء وتحله فى آن واحد ، وهذا يتنافى مع نصوص الشريعة القطعية الناطقة بأنه لا اختلاف فيها

وقبل الجواب على هذا الزعم الفاسد ننبه إلى أن الناس كثيراً ما خلطوا بين الشريعة والفقه ، وظنوا خطأ أن ما نقل عن الأئمة المجتهدين من أجتهادات هو نفس الشريعة ، وتبع هذا الخطأ أنهم طعنوها مرة بالجمود ،وأخرى بالتناقض والشريعة - بحمد الله - لا جمود فيها ولا تناقض ، لأن الشريعة كما قلنا من قبل هى مجموعة الأحكام التى أنزلها الله على رسوله ، والتى أخبر القرآن بأنها كملت يوم حج الرسول حجة الوداع فى قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » ، والذى تم إنزاله حينئذ مجموعة القواعد التى جاءت على هيئة نصوص عامة فى كتاب الله وسنة رسوله ، لأن التشريع الإسلامى لم يأت بحلول جزئية لحوادث فردية ، بل أتى بالقواعد الكلية التى تصلح للتطبيق فى كل حين .

وأما الفقه الإسلامى ، فهو مجموعات الأحكام العملية المشروعة فى الإسلام سواء أكانت شرعيتها من النص الصريح من القرآن والسنة أم من الإجماع أم من استنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

فأغلب ما يسمى بالفقه الاسلامى جاء وليد اجتهاد المجتهدين ، وتطبيقهم لنصوص الشريعة ، وقواعدها مراعين فى ذلك اختلاف البيئات والأعراف

ومن هنا أتى الاختلاف فى الفقه الإسلامى ، وهذا الاختلاف لا يؤدى إلى الاختلاف فى الشريعة والتناقض فيها ، لأن القواعد لا تتناقض(١) .

---

(١) يرى الامام الشاطبى - والحق معه - أن الشارع لم يرد فى الفروع إلا قولا واحداً ، ولم يقصد وضع حكمين متخالفين فى موضوع واحد ، واختلاف المجتهدين المشروع لا ينافيه لأن اختلافهم جاء فى طلب الحكم الذى أراده الشارع ، راجع ج٤ ص١١٨ وما بعدها .

إذا عرفنا الفرق بين الشريعة والفقه ، وأن الاختلاف فى الفقه جاء نتيجة الاختلاف فى الفهم والتطبيق ، فهل يكون هذا الاختلاف عيبا يرمى به الفقه والفقهاء ؟

لنا فى الجواب عن هذا التساؤل مسلكان :

أحدهما : بما ورد عن رسول الله ، وما أثر عن فقهاء المسلمين ، وهذا لا يقنع إلا من آمن بهذه الشريعة ، وبما جاء بعدها من فقه الفقهاء .

وثانيهما: من طبيعة القوانين وتطبيقها . لا فرق بين السماوية منها والوضعية، وهذا نسوقه أولا لمن لم يصدق بشريعتنا ، وثانياً لمن آمن بها ليكون سنداً مؤيداً للجواب الأول :

المسلك الأول : روى عن رسول الله أنه قال « اختلاف أمتى رحمة » والمراد بالاختلاف هنا الاختلاف فى الاجتهاد لا كل خلاف ، لأنه مذموم يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر « أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » (١) ، ومادام الرسول شرع لأصحابه الاجتهاد ، وبين لهم

---

(١) جاء فى رد المحتار لابن عابدين ج١ ص٥٠ : إن هذا حديث مشهور على ألسنة الناس ، ثم قال : رواه البيهقى بسند منقطع عن ابن عباس رضى الله عنهما بلفظ :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مهما أوتيتم من كتاب فالعمل به لاعذر لأحد فى تركه فإن لم يكن فى كتاب الله فسنتى ماضية ، فان لم تكن سنتى فما قاله أصحابى ، إن أصحابى بمنزلة النجوم فى السماء فأيما أخذتم به اهتديتم ، واختلاف أصحابى لكم رحمة ، ثم نقل عن جماعة من العلماء أنهم رووه بألفاظ أخرى . فليراجع .

(٢) ج ٣ ص ١١

طريقه ، والاجتهاد بطبيعته يسلم إلى الاختلاف . فلا يكون الاختلاف بين المجتهدين معيباً .

وروى عن الأئمة فى هذا المعنى مقالات كثيرة . منها ماجاء فى كتاب الاعتصام(١) للامام الشاطبى قال:

روى عن الخليفة العادل عمر بن عبدالعزيز أنه قال : « ماأحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ، لأنه لو كان قولا واحداً لكان الناس فى ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة » .

ومنها ماروى عن القاسم بن محمد كما جاء فى موافقات (٢) الشاطبى أنه قال « لقد نفع الله باختلاف أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى اعمالهم لايعمل العامل بعمل رجل منهم إلارأى أنه فى سعة . ورأى أن خيراً منه قدعمله » .

ومنها ماروى عن الإمام مالك . كما جاء فى كتاب حجة الله البالغة للدهلوى فى بحث سبب اختلاف مذاهب الفقهاء نقلا عن السيوطى « لما حج المنصور قال لمالك : قد عزمت أن آمر بكتبك هذه التى صنفتها فتنسخ ، ثم أبعث فى كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة ، وآمرهم بأن يعملوا بما فيها ، ولايتعدوه إلى غيره ، فقال : ياأمير المؤمنين لاتفعل هذا ، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل ، وسمعوا الحديث ، ورووا روايات ، فأخذ كل قوم بما سبق إليهم من اختلاف الناس ، فدع الناس وما اختار كل بلد منهم لأنفسهم .

وقيل إن الذى فعل ذلك هو هارون الرشيد ، وأنه شاور مالكا فى أن يعلق الموطأ فى الكعبة ويحمل الناس على مافيه ، ولعل هذا الأمر تكرر مرتين . مرة من المنصور ، والثانية من هارون الرشيد .

---

(١) ج ٤ ص ٣١ (٢) ج ١ ص ١٤٥ .

المسلك الثانى : من المعلوم أن القانون شرعياً كان أو وضعياً لا يمكن أن تبين فيه أحكام الحوادث الجزئية ، وكيف يمكن استقراؤها وهى متجددة بتجدد الأزمان ، ولكل زمان من جزئيات الحوادث ماليس لغيره ، فلو جعل التشريع عبارة عن بيان أحكام جزئيات الحوادث تفصيلا لأدى ذلك إلى إبطال التشريع ، فتعين إذاً أن يكون القانون عبارة عن قواعد كلية يتعرف منها أحكام جزئيات الحوادث على مرور الزمن ، فالشرائع السماوية عبارة عن قواعد كلية كسائر القوانين .

وإذا رجعنا للقوانين الوضعية على اختلافها ، وشروحها التى وضعت لإيضاح قواعدها الكلية وجدنا فى هذه الشروح اختلافا كثيراً فى تفسيرها ، وتطبيقها على الحوادث الجزئية ، ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام تبعاً لاختلاف الشرح والتطبيق ، فيكون الفعل الواحد مباحا على رأى ، ومحظوراً على رأى آخر .

فإذا كان هذا مقبولا فى القوانين الوضعية ، فما الذى يحرمه فى القانون الشرعى حتى يجعل مطعنا فى شراحه إذا اختلفوا فى فهمه وتفسيره عند تطبيق بعض مواده على الحوادث الجزئية ؟!

ونحن إذا نظرنا إلى الحقيقة فى ذاتها متجردين من كل عصبية لوجدنا هذا الاختلاف نتيجة حتمية لما جاء به القرآن من إطلاق الحرية للعقول ، وفك قيودها التى كانت ترسف فيها ، وإلا فكيف يتصور أن دينا ينادى بحرية التفكير، ثم يمنع الاختلاف فى الرأى والاجتهاد ، وهل يكون ذلك إلا تهافتاً ؟!

ومما ينبغى معرفته هنا أن هذا الطعن نشأ إما عن جهل بما فى الفقه الإسلامى ومذاهبه من محاسن ومزايا . وإما عن تجاهل لذلك .

لأننا نجد بين الحين والحين اعترافاً من رجال القانون الغربيين بما فى هـذا الفقه من مزايا ، بل والتوصية بالبحث فيه والعناية به .

فى سنة ١٩٥١ م عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة مؤتمراً للبحث فى الفقه الإسـلامى فى كلية الحقوق من جامعة باريس تحت اسم « أسبوع الفقه الإسلامى » فدعا إليـــه لفيفاً من أساتذة الشريعة والقانون فى الجامعات العربية . كما وجه الدعوة إلى الأزهر ، فأرسل مندوباً يحاضر باسمه هناك ، وحاضر هؤلاء فى بحوث منها . نظرية الربا فى الإسلام ، وإثبات الملـكية ، والمسئولية الجنائية ، وتأثير المذاهب الاجتهادية بعضها فى بعض ، وغيرها .

وفى النهاية وضع المؤتمر تقريره بإجماع الآراء جاء فيه « بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التى عرضت أثنـاء أسبوع الفقه الإسلامى ، وما جرى حولها من المناقشات التى تخلص منها بوضوح .

ا — إن مبادىء الفقه الإسلامى لها قيمة حقوقية تشريعية لايمارى فيها .

ب — وأن اختلاف المذاهب الفقهية فى هذه المجموعة الحقوقية العظيمة ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات . ومن الأصول الحقيقيقة هى مناط الإعجاب . وبها يتمكن الفقه الإسلامى من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها .

يعلنون رغبتهم فى أن يظل أسبوع الفقه الإسلامى يتابع أعماله سنة فسنة ويكلفون مكـتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التى أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث فى الدورة القادمة .

ويأمل المؤتمرون أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامى يسهل الرجوع

إلى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الاسلامية وفقا للأساليب الحديثة (١) .

تنبيه : قد يبدو للناظر من عرض أسباب الخلاف بين الصحابة فيما سبق ، وأسباب الخلاف بين الأئمة فى هذا الموضع أن ثمة خلافا كبيراً بين الموضعين، وأن خلاف الأئمة يرجع فى بعض نواحيه إلى خلاف فى الأسس والأصول ، كما قرره بعض الكاتبين استناداً إلى أنهم اختلفوا فى الأخذ ببعض الأدلة كالقياس والاستحسان ، كما اختلفوا فى الأخذ ببعض أنواع الحديث . كالمرسل مثلا .

وليس الأمر كذلك ، بل الخلاف بين الفقهاء على اختلاف عصورهم — إذا استثنيا خلاف الشيعة والخوارج — يرجع فى مجموعه إلى الاختلاف فى فهم النصوص وتطبيق الأصول .

وإنى أوضح لك هذه القضية بمقدار مايسمح به موضوع هذا الكتاب وإليك البيان .

عرفنا فيما سبق أن من بين أسباب اختلاف الصحابة ، استعمالهم للرأى ، أو اختلافهم فى التوسع فى الرأى ، فمنهم من توسع فيه ؛ ومنهم من ضيق دائرته، ووقف بإزاء النصوص ، ولم يلجأ إليه إلا عند الضرورة .

وكلمة الرأى عندهم لم تكن محدودة بمعنى خاص ، بل كانت كما يقول ابن القيم — مايراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة الصواب ، وهذا الرأى نوعان . جماعى وفردى ، وبعبارة أخرى ، كان الرأى يصدق على ماعدا

---

(١) راجع مقدمة المدخل الفقهى العام للاستاذ مصطفى الزرقاء .

النصوص من القرآن والسنة ، وهو الذى عناه معاذ بقوله : أجتهد رأيى ولا آلو .

فلم يكن هناك أسماء خاصة ، كالقياس والاستحسان والاستصلاح ، بل الـكل رأى ، حتى ماسمى فيما بعد بالاجماع كان يسمى رأياً .

وإذا رجعت إلى فتاوى الصحابة الجماعية منها والفردية التى مبناها الرأى والاجتهاد وجدت منها ماينطبق عليه اسم القياس ، كاجتهادهم فى عقوبة شارب الخمر « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وحد المفترى ثمانون » أليس هذا قياساً صحيحاً بينت فيه العلة الجامعة بين الفرع والأصل ؟ .

كما تجد منها ماينطبق عليه حد الاستصلاح ، كما فى تحريم المعتدة إذا تزوجت بغير مطلقها فى العدة ، وإرث الزوجة من زوجها الذى طلقها فى مرض الموت فاراً من إرثها .

وكذلك تجد فيها مايمكن إدخاله تحت الاستحسان . إذا فسرناه بأنه الخروج بالحادثة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر أرفق من الحكم الأول لدليل يدل على ذلك . أى أنه استثناء من القواعد العامة ، فالحكم بإرث المطلقة فى مرض الموت استثناء من قاعدة عدم إرث المطلقة بائناً ، لانقطاع سبب الإرث وهو الزوجية ، استثنوا هذا لزجر الذين يريدون تغيير حدود الله ، ومعاملة لهم بنقيض مقصودهم .

ومثله فى ذلك تضمين الصناع استثناء من قاعدة عدم تضمين المؤتمن .

وقضاء عمر بتوريث الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم فى المسألة المشتركة

وهذه الأنواع من الرأى لم يعمل بها كل الصحابة ، بل منهم من عمل بها ، وتوسع فيها ، ومنهم من ضيق دائرتها .

فإذا جاء الأئمة واختلفوا فى العمل ببعضها يقال : إنهم لم يقفوا فى اختلافهم عند الفروع ، بل تجاوزوه إلى أسس التشريع ؟؟ .

نعم إنهم توسعوا فى استعمال الرأى بأنواعه نظراً لكثرة الحوادث كثرة لا تكفى فيها النصوص الجزئية ، فيكون الاختلاف بينهم راجعاً إلى الاختلاف فى تطبيق القاعدة — وهى استعمال الرأى — لا فى أسس التشريع وأصوله ، لأن هذه الأنواع ما هى إلا رأى .

وأما أن اختلافهم فى السنة يرجع إلى خلاف جوهرى فى أسس التشريع فغير مسلم كذلك ، لأنه لا نزاع بين جمهور المسلمين فى أن السنة الصحيحة حجة يجب العمل بها ما لم يثبت نسخها ، أو معارضتها بما هو أقوى منها ، فالصحابة كلهم عملوا بالأحاديث متى صحت ، ووثق بها من وجدها أياً كان نوع هذا الحديث ، ومن تأمل مسلك فقهاء الصحابة فى الاحتجاج بها يجدهم مختلفين فى الدليل المثبت للصحة ، فأبو بكر كان يشترط شهادة رجل آخر ، وعمر كان يشترط البينة ، وعلى يحلف الراوى .

كما ردوا بعض الأحاديث لعدم وثوقهم فيها ، أو لمعارضتها بما هو أقوى منها . أنظر إلى قول عمر فى حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ؟ .

كما أن بعضهم ترك العمل بحديث يروى له لأنه غير معقول المعنى فى نظره . فهذه أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها تقول رداً على حديث « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده فى الإناء حتى يغسلها ثلاثاً ، فإنه لا يدرى أين باتت يده » تقول : فكيف نصنع بالمهراس ؟ وهو الصخرة المنقورة .

والذى حصل من الأئمة لا يخرج عن هذا .

فأبو حنيفة لما اشترط فى الحديث الشهرة - فيما تعم به البلوى - كما روى عنه فيما سبق ، وكما قال تلميذه أبو يوسف: «عليك من الحديث بما تعرف العامة، وإياك والشاذ منه »(١) شرطه ليتحقق ثقته بالحديث حيث كان بالعراق ، وهى مهد وضع الأحاديث ، فالحديث غير المشهور يحتمل أن يكون من صنع الكذابين ، وشهرة الحديث وكثرة رواته ينتفى معها احتمال وضعه، كما يمنع الوضاعين من التزيد فيه، أو تغييره . وكذلك إطلاقه الأخذ بالحديث المرسل متى صح طريقه مخالفاً غيره الذى قيد العمل بالمرسل ليسد النقص فى الأحاديث المرفوعة المتصلة، فإذاً يكون خلافه مع غيره خلافا فى التطبيق ، تطبيق أصل العمل بالسنة لا خلافا فى أسس التشريع وأصوله ، لاتفاقهم على الأصل العام ،وهو وجوب العمل بها متى صحت ، ووثق بما روى له ، وانتفى المعارض الأقوى ، ولم يكن منسوخاً .

مصادر الفقه الإسلامى

تمهيد : لكل قانون من القوانين ، سماوية أو وضعية ، مصادر يستقى منها ، وتجعل له قوة ملزمة ، ومرونة بها يتسع لكل ما يجد من أحداث فى زمن تطبيقه، فالحكم إذا لم يستند إلى مصدر تشريعى لا يكون له اعتبار ، بل لا تصح تسميته بحكم قانونى ، كما وأن القوانين الوضعية لها مصادر باتفاق الفقهاء كذلك الفقه الإسلامى له مصادره العديدة . منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه .

ويمتاز الفقه الإسلامى على غيره بأن مصادره عنى بها العلماء حتى جعلوا

---

(١) الرد على سير الأوزاعى ص ٢٤ ، وفى ص ٣١ يقول « فإياك وشاذ الحديث وعليك بما عليه الجماعة من الحديث وما يعرفه الفقهاء » .

لها علماً مستقلا يبحث فيها، وتوضح طريقة الاستناد إليها بصفة عامة، وطريقة عمل كل إمام بهذه المصادر بصفة خاصة. هذا العلم هو المسمى بعلم أصول الفقه.

وقد اعترف بذلك رجال القانون الوضعي. جاء في كتاب أصول القانون (١) في بحث عناية الشرائع القديمة بأصول القانون ما نصه «وعني فقهاء الشريعة الإسلامية كفقهاء القانون الروماني بالصياغة الفنية، وتفوقوا فيها تفوق الرومان، فعرضوا للقانون في تفصيلاته وتطبيقاته بمنطق قانوني بلغ من الإحكام والدقة مبلغاً لا يعدله إلا منطق الرومان، وقرب بعض الفقهاء الأحكام التفصيلية بعضها من البعض الآخر، واستخلص منها مبادىء عامة، ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية امتازوا على الرومان وعلى غير الرومان من الأمم التي تفوقت في القانون بوضع علم أقرب (٢) ما يكون لعلم أصول القانون

---

(١) للدكتورين السنهوري وحشمت أبي ستيت ص ١١.

(٢) نحن لا نسلم دعوى القرب بين العلمين «أصول الفقه وأصول القانون» إلا في التسمية فقط. أما حقيقة العلمين فهي مختلفة اختلافاً واضحاً، لأن علم أصول الفقه علم واضح المعالم محدد الهدف فهو يبحث في أدلة الفقه، ويوضح طرائق الأئمة إزاء كل دليل منها، وقد كان الغرض منه في أول وضعه بيان الطريق الصحيح للاجتهاد والنظر في الأدلة، كما فعل الإمام الشافعي في رسالته، وهي أول مؤلف في هذا العلم وصل إلينا ثم تتابع التأليف فزاد نماؤه حتى وصل إلى ما وصل إليه، وأما علم أصول القانون فهو علم غير واضح المعالم إلى الآن كما جاء في هذا الكتاب نفسه في الفقرة الأولى منه، بل هو مجموعة أبحاث حاول الباحثون فيها رسم حدود واضحة لنظرية عامة في القانون كما جاء في هامش هذه الفقرة. إن هذا العلم مختلط بعلم تاريخ القانون وعلم القانون المقارن ولا يوجد بينهما حدود فاصلة دقيقة.

ومن هنا اختلف الكاتبون فيه في تسميته حتى خرج إلينا يحمل أسماء مختلفة فمن =

هو علم أصول الفقه ، بحثوا فيه مصادر الشريعة الاسلامية ، وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر ، وهذا العلم يميز الفقه الإسلامى عن أى فقه آخر » .

بعد هذا التمهيد نقول : إن مصادر الفقه الإسلامى تتنوع أولا إلى نوعين.

مصادر نقلية وأخرى عقلية :

فالنقلية هى التى لا يكون للمجتهد عمل فى تكوينها ، بل يستند إليها على أنها أمر منقول يجب عليه العمل به ، كالقرآن والسنة والإجماع والعرف .

والعقلية هى التى يكون للمجتهد عمل فى تكوينها كالقياس ، والاستحسان على أنه استثناء من القواعد العامة ، والاستصلاح ، فان المجتهد حينما يستند إلى

= أصول القانون إلى المدخل للعلوم القانونية إلى نظرية القانون إلى غير ذلك من الأسماء مع اتحاد المسمى .

ومن جهة أخرى نرى أن أصول الفقه فى دراسته يؤخر عن دراسة الفقه فلا يدرسه الطالب إلا بعد أن ينال حظاً كبيراً من علم الفقه بينما نجد علم أصول القانون يقدم فى دراسته على دراسة القانون لأنه يعتبر بمثابة مبادىء عامة تنير الطريق أمام طالب القانون وان كان بوضعه الأخير ارتفع عن مستوى الطلاب فى بدء دراستهم القانونية . كما يقول الدكتور محمد عرفه فى كتابه مبادىء العلوم القانونية ص ٦ من الطبعة الثالثة « ان دراسة هذه المبادىء العامة بتلك الطريقة يجعل منها مادة تسمو فى مستواها العلمى ـ من بعض الوجوه ـ عن ادراك المبتدىء فى دراسة القانون وذلك ما قدرته الجامعات الانجليزية فأدمجتها ضمن مقرر السنة النهائية عندما يبلغ الطالب آخر مرحلة فى الدراسة القانونية ذاهبة ـــ ولها كل الحق فيما ذهبت اليه ـــ الى أن الشخص يكون أقدر على تفهم النظريات العامة عندما يألف القواعد المحددة التي تحكم نظامه التشريعي .

إلى القياس مثلا فإنه يبحث فى الواقعة التى لانص فيها ، ويقارنها بالوقائع الأخرى التى وردت النصوص بأحكامها ليقف على مدى مشابهتها بها ، فإذا وجد لها شبها قوياً بإحداها بحث عن علة حكم تلك الواقعة المنصوص عليها ، حتى إذا ما وقف عليها رجع إلى الحادثة الجديدة ليرى هل وجدت فيها علة مساوية لتلك العلة ، ولا مانع فيها من تعدية الحكم إليها ، فإذا ثبت له ذلك حكم بإثبات حكم الحادثة الأولى للثانية الجديدة بناء على هذا القياس .

هذا مع ملاحظه أن كلا من النوعين محتاج إلى الآخر ، فالاستدلال بالمنقول محتاج إلى شيء كبير من النظر والتأمل بالعقل ، كما أن الاستدلال بالمعقول لا يعد صحيحاً إلا إذا كان فى حدود مادل عليه النقل ، فهو محتاج دائماً إلى تأييد النقل :

ومن جهة أخرى تنقسم المصادر إلى **أصلية وتبعية**

أما الأصلية فهى التى لا تتوقف دلالتها على الأحكام على دليل آخر ، وهى تنحصر فى القرآن والسنة ، وأما التبعية فهى التى تتوقف دلالتها واعتبارها على غيرها وهى كثيرة ، منها ماهو متفق عليه بين الفقهاء ، أو على الأول ذهب إليه أكثرهم . ولم يخالف فيه إلا من شذ . كالإجماع والقياس . ومنها مختلف فيه . ولم يتفق الأصوليون على عدد هذا النوع . فمنهم من عده ستة . ومنهم من أوصله إلى تسعة . ومنهم من زاد على ذلك . ولا يعنينا هنا ذكر هذا العدد . لأنها عند التحقيق تتداخل فى بعضها وسنكتفى بذكر ثلاثة منها. هى الاستصلاح أو المصالح المرسلة . والاستحسان . والعرف .

١ — القرآن

« حقيقته . طريقة نزوله . إعجازه . أسلوبه
في التشريع . حجيته ودلالته على الأحكام
جمع المصحف . مصحف عثمان . خط
المصحف ونقطه وشكله »

القرآن وهو الكتاب المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم لهداية الناس ، وبيان الطريق المستقيم التي يسلكونها ، نزل به الروح الأمين . « جبريل عليه السلام » على رسول الله بلفظه ومعناه . يدل لذلك قوله تعالى : « وإنه لتنزيل رب العالمين نزل به الروح الأمين . على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربي مبين » (١) ، « وقال الذين كفروا إن هذا إلا أفك افتراه وأعانه عليه قوم آخرون فقد جاءوا ظلما وزورا ، وقالوا أساطير الأولين اكتتبها فهي تملى عليهم بكرة وأصيلا ، قل أنزله الذي يعلم السر في السموات والأرض إنه كان غفوراً رحيما » (٢) .

وبهذا يمتاز عن غيره من الكتب السماوية السابقة ، كما يمتاز عن أحاديث رسول الله ، فإن معناها بإلهام الله ، ولفظها من عند الرسول .

والسر في إنزاله بلفظه ومعناه . أنه الكتاب الأخير لخاتم الرسل . أنزله الله ليكون دستور الأمة الإسلامية إلى يوم الدين ، فلو نزل بمعناه فقط لكان

---

(١) الشعراء الآيات من ١٩٢ — ١٩٥ . (٢) الفرقان من ٤ — ٦ .

عرضةٌ للتبديل والتغيير لكنه سبحانه أنزله بلفظه ومعناه ، وتكفل بحفظه « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون (١) » .

وتحقيقا لهذا الوعد القاطع ألهم الله الخليفة الأول أبا بكر الصديق رضى الله عنه أن يقوم بجمع رقاعه التى كتب فيها أيام نزول الوحى ، وترتيبها على ماهو محفوظ لهم ، ثم يجىء من بعده الخليفة الثالث عثمان بن عفان ، ويقضى على الاختلاف فى قراءته ، فيعهد إلى جماعة من القراء على رأسهم زيد بن ثابت أن يكتبوا المصحف بلغة قريش ، ثم ينسخ من هذا المصحف عدة نسخ أرسلها إلى الأمصار الإسلامية ، وألزمهم بها ، وترك مايخالفها من مصاحف كان بعض الصحابة كتبها لنفسه عند نزول الوحى بلغات أخرى ، وكان فيها بعض آيات نسخت .

ومن هذا اليوم وهو منارة الهدى لا يعرف التغيير والتبديل طريقاً إليه مصداقا لقوله تعالى « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » (٢) .

نزوله منجما وحكمته : نزل هذا القرآن على رسول الله منجما ، ولم ينزل دفعة واحدة ليتمكن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حفظه وإملائه على كتاب الوحى وقراءته على الناس للتعليم « وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلا (٣) » « المكث هو التأمل والتأنى » وليسهل حفظه على هؤلاء الأميين الذين لم يكن لهم معرفة بالكتابة إلا قليلا ، فلو نزل جملة واحدة لعجزوا عن حفظه ، ولما استطاعوا كتابته فى وقت واحد ، ومن وراء هذا وذاك تثبيت قلب الرسول بتكرار نزول الوحى عليه ، كما جاء فى قوله تعالى ،

---

(١) الحجر — ٩ . (٢) فصلت — ٤٢ (٣) الاسراء — ١٠٦

وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القران جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلا » (١) .

إعجاز القرآن : والقرآن هو معجزة (٢) رسول الله كما صرح بذلك القرآن والسنة . قال تعالى « وقالوا لولا نزل عليه آيات من ربه قل إنما الآيات عندالله وإنما أنا نذير مبين أو لم يكفهم أنا أنزلنا عليك الكتاب يتلى عليهم إن فى ذلك لرحمة وذكرى لقوم يؤمنون » (٣) .

ويروى لنا الأئمة أحمد والبخارى ومسلم بسندهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مامن نبىّ من الأنبياء إلا أعطى من الآيات ماءثله آمن عليه البشر وإنما كان الذى أوتيته وحياً أوحاه الله إلىّ ، فأرجو أن أكون أكثرهم تابعاً يوم القيامة » (٤) .

تحدى به العرب فعجزوا مع أنهم أرباب الفصاحة والبلاغة ، وقصة تحديهم موجودة فى مواضع عديدة من القرآن (٥) .

---

(١) الفرقان — ٣٢ .

(٢) والقرآن معجز بلفظه ومعناه ، فإعجازه من ناحية اللفظ يجىء من بلاغته فى التركيب والأسلوب ، وإعجازه من ناحية المعنى يجىء من جهة إخباره عن الأمم الماضية ، وإخباره عن المستقبل فى حوادث حدثت بعد نزوله . مثل البشارة بفتح مكة ، وغلبة الروم للفرس ، وغير ذلك ، وبيانه للحقائق العلمية التى يكشف عنها العلم الحديث مصداقاً لقوله تعالى « سنريهم آياتنا فى الآفاق وفى أنفسهم » ، وأخيراً ماجاء به من شرائع بلغت غاية السمو والعدالة فى الوقت الذى كانت الأمم المتحضرة تقوم على العنصرية فى تشريعها .

(٣) العنكبوت — ٥٠ ، ٥١ (٤) الموافقات ج ٣ ص ٣١٧ .

(٥) تدرج ذلك التحدى ، فطلب منهم أن يأتوا بمثله، فلما عجزوا خفف الطلب

ولقد شهد له ألد أعداء الرسول ، وهو الوليد بن المغيرة حين سمع الرسول يقرأ منه شيئاً فقال لقومه : والله ما منكم رجل أعرف بالأشعار منى ، ولا أعلم برجزه وقصيده منى ، والله مايشبه الذى يقوله شيئاً من هـذا ، والله إن لقوله الذى يقوله لحلاوة ، وإن عليه لطلاوة ، وإنه لمثمر أعلاه ، مغدق أسفله ، وإنه ليعلو ولا يعلى عليه ، وإنه ليحطم ما تحته ، مغدق : غزير .

= إلى عشر سور من مثله ، ثم إلى سورة واحدة ، وفى كل مرة يقول لهم استعينوا بمن شئتم من الانس والجن ، وفى النهاية سجل عليهم العجز التام . وجابههم بالحقيقة الناطقة بأن القرآن ليس فى متناولهم ، فهم معاندون ينتظرهم جزاؤهم فى نار وقودها الناس والحجارة .

يقول الله تعالى : « قل فأتوا بكتاب من عند الله هو أهدى منهما أتبعه إن كنتم صادقين فان لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله إن الله لايهدى القوم الظالمين » القصص — ٤٩ — ٥٠ . وفى أخرى يقول : « أم يقولون تقوله بل لايؤمنون فليأتوا بحديث مثله إن كانوا صادقين » الطور — ٢٣ ٢٤ . وفى ثالثة يقول : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بعشر سور مثله مفتريات وادعوا من استطعتم من دون الله إن كنتم صادقين ، فان لم يستجيبوا لكم فاعلموا أنما أنزل بعلم الله وأن لا إله إلا هو فهل أنتم مسلمون » هود ١٣ — ١٤ . وفى غيرها يقول : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بسورة مثله وادعوا من استطعتم من دون الله إن كنتم صادقين » يونس — ٣٨ .

وأخيراً يقول : « وإن كنتم فى ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين . فان لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التى وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين » البقرة ٢٣ — ٢٤ ، كما سجل عليهم العجز التام قبل ذلك بقوله « قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لايأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً » الإسراء — ٨٨

وإذا عجز العرب كلهم عن الإتيان بمثله ، وهو الذى نزل بلغتهم ، وهم أهل الفصاحة والبلاغة فلا يعقل بعد ذلك أن يستطيع غير العربي مهما أوتى من بلاغة الإتيان بما عجز عنه العرب أنفسهم فلزمت الحجة للجميع ، ووجب التسليم بأنه كلام الله وأن مبلغه رسول الله ، وخاتم النبيين كما صرح به القرآن « ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » (١) .

والقرآن أصل للتشريع الإسلامى ، فهو الذى بين أسس الشريعة كلها . سواء كانت اعتقادية ، أو خلقية ، أو عملية ، لكنه عُنى بالأولين ففصلهما تفصيلا تاماً .

وأما التشريع العملى فقد أوفاه إجمالا ، ولم يعن بالتفصيل فيه إلا لبعض أحكام لا تتغير على مر الأيام ، كأحكام المواريث ، وأحكام الأسرة ، ويظهر ذلك جليا من تتبع آياته واستقرائها ، فإننا نجد نصيب التشريع العملى قليلا بالنسبة لغيره .

والسبب فى ذلك أن العقيدة هى الأساس لغيرها ، والعقائد لا تتغير بمرور الأيام ، وأما التشريعات العملية فهى أولا تتبع تجدد الحوادث ، وثانياً تختلف تبعاً لاختلاف الزمان والمكان ، على أن تفصيل أحكامها مع كثرتها يخرج القرآن عن القصد الأول منه ، وهو أنه كتاب هداية وإرشاد ، لذلك أجمل القرآن أحكامها وترك تفصيلها إلى السنة ، فأمر باتباع الرسول فقال : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (٢) ، وفى آية أخرى جعل طاعة الرسول طاعة لله « من يطع الرسول فقد أطاع الله » (٣) ، وأمر الرسول بالبيان فى قوله « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون » (٤).

والمتتبع لتشريع الأحكام فيه يجدها جاءت على هيئة نصوص عامة ،

---

(١) الأحزاب - ٤٠ (٢) الحشر - ٧ (٣) النساء - ٨٠ (٤) النحل - ٤٤

وقواعد كلية فيها من المرونة واليسر مايجعلها صالحة للتطبيق فى كل عصر ، وفى كل مكان ، لأن القواعد لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وإنما الذى يختلف هو الجزئيات ، ولقد فصل الرسول ماأجمله القرآن ، وجاء الأئمة والمجتهدون من بعده واستنبطوا من آياته الشىء الكثير .

ثم إن القرآن فى تشريعه العملى لم ينس الغرض الأول من إنزاله ، وهو الهداية والتذكير ، فتراه يذكر الحكم الواحد فى مواضع متفرقة ليكون بمثابة التنبيه والتذكير للقارىء حتى لا يغلبه النسيان ، وكثيراً مايتبع الحكم ببيان الحكمة من تشريعه ، أو يردفه بالوعيد الشديد لمن لم يمثل .

اقرأ إن شئت قوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا » (١) جاء هذا بعد بيان أحكام التصرف فى أموال اليتامى .

وفى تشريع عقوبة السارق يقول : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » (٢) :

وفى بيان حكم قطاع الطريق يقول : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » (٣) .

ويقول فى شأن الربا : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله ومن

---

(١) النساء — ١٠ (٢) المائدة — ٢٨ (٣) المائدة — ٣٣ .

عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يمحق الله الربا ويربى الصدقات والله لايحب كل كفار أثيم . . إلى أن قال « يا أيها الذين امنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » (١) .

حجية القرآن ودلالته على الأحكام : وقد اتفق المسلمون على أن القرآن مصدر من مصادر التشريع ؛ وأن أحكامه واجبة الاتباع ، وأنه المرجع الأول لايلجأ أحد إلى غيره إلا إذا لم يجد مايطلبه فيه ، وأن دلالته على الأحكام قد تكون قطعية إذا كان اللفظ الوارد فيه يدل على معنى واحد ، ولايحتمل غيره ، وقد تكون ظنية إذا كان لفظه يحتمل الدلالة على أكثر من معنى .

كيف وصل إلينا القرآن .

ويحسن هنا أن نذكر كلمة عن الطريقة التى وصل بها إلينا القرآن فنقول : نزل القران على رسول الله منجما حسب الحوادث والمناسبات ، وكان كلما نزل جبريل بشىء منه بلغه رسول الله لمن حضر من المؤمنين ، ثم يدعو كتاب الوحى ويأمرهم بكتابة هذا الجزء .

ومن متممات التنزيل أن يبين جبريل الأمين مكان ماينزل به من السور حتى يحفظ القرآن مرتباً .

وفى شهر رمضان من كل عام كان يعرض رسول الله ماعنده من القرآن على جبريل . حيث كان ينزل لهذا الغرض ، وفى العام الأخير من حياة الرسول

---

(١) البقرة من ٢٧٥ — ٢٧٩ .

عرضه مرتين ، فكان جبريل يقرأ أولا ، ثم يتلوه الرسول بالقراءة ، ولم ينتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى إلا والقرآن كله محفوظ فى صدور الصحابة مرتباً ، غير أنهم لم يكونوا كلهم فى الحفظ سواء ، بل فيهم الحافظ لبعضه ، ومن يحفظه كله ومنهم من حضر العرضة الأخيرة التى استقر عليها وضع القرآن الأخير مجردا مما نسخ منه، ومنهم من لم يحضرها ، كما كان مكتوباً فى الرقاع من قطع الأديم والعسب والأكتاف(١) وغيرها ، لكنه غير مجموع ولا مرتب السور

والحكمة فى عدم جمع الرسول لهذا المكتوب مرتباً واضحة ، وهى أنه كان ينتظر الوحى حتى آخر لحظة من حياته، فربما نزل شىء ، أو نسخ منه آيات، فيكفى حفظ الصحابة له مرتباً ، والله سبحانه من وراء ذلك كله متكفل بحفظه من الضياع والتبديل « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » .

وثمة حكمة أخرى هى أن رسول الله لم يوجه كل عنايته لهذا المكتوب لئلا يفهم الصحابة أن المعول عليه فى نقل القرآن هو الكتابة ، فيتراخوا فى حفظه، والكتابة حينذاك سهلة المحو والتبديل، فترك ذلك ليستقر فى نفوسهم أن المعول عليه أولا هو الحفظ والنقل بطريق القراءة ، وإنما أمر بكتابته ليكون تذكرة للقراء ، وليكون له سندان الحفظ والكتابة .

جمع المصحف : واستمر الأمر على هذا بعد وفاة الرسول إلى أن كانت وقعة اليمامة فى خلافة أبى بكر ، وقتل فيها عدد كبير من القراء ، فأشار عمر على أبى بكر رضى الله عنهما بجمع القرآن فى المصحف خشية أن يذهب منه شىء بموت القراء ، وكان ما بينهما من المناقشة حتى شرح الله صدر أبى بكر لهذا العمل فدعا زيد بن ثابت وأمره بجمعه قائلا له « إنك شاب عاقل لا نتهمك كنت تكتب القرآن لرسول الله ، وقد حضرت العرضة الأخيرة ، فهذه العبارة

---

(١) العسب : الأجزاء العريضة من جريد النخل ، والأكتاف العظم العريض فى كتف البعير وغير ذلك من اللخاف وهى الحجارة الرقاق .

تبين سبب اختيار زيد لهذه المهمة الشاقة ، ولأنه حفظ القرآن كله فى حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

امتثل زيد لهذا الأمر ، فأخذ يجمع القرآن من الرقاع المكتوبة وصدور الرجال ، ولم يكتف بواحد منهما عن الآخر زيادة فى الاحتياط ، وليس معنى هذا أن زيداً وحده هو الذى كلف بهذا العمل ، وإنما كان هو صاحب المهمة الأصلية ، وقد عاونه غيره فيها .

يدل لذلك ما روى أن أبابكر قال لعمر وزيد « اقعدا على باب المسجدفمن جاء كما بشاهدين على شىء من كتاب الله فاكتباه » على أن ذلك العمل كان على ملأ من الصحابة كلهم ، فوافقوا عليه ولم ينكره أحد .

ولهذا الجمع فوائد كثيرة يكفينا منها . أنه بحث عن الرقاع والتثبت منها ، وجمعها فى مكان واحد كالأصل الذى يرجع إليه حتى يستتب الأمر ويؤمن من الضياع وتجديد ماعساه أن يكون قد تآكل من حروف الرقاع التى ليس من شأنها أن تحتفظ بما يرسم عليها من الحروف مدة طويلة ، وأخيراً اتصال السند الكتابى بأخذ الصحف البكرية من الصحف التى كتبت بين يدى رسول الله كما اتصل السندالمتواتر فى الرواية ، والتلقى عن الشيوخ فيكون القرآن متواتراً حفظاً وكتابة .

وبعد أن تم الجمع وضعت هذه الصحف عند أبى بكر ، ثم عند عمر من بعده ثم عند حفصة بنت عمر أم المؤمنين بوصية عمر ، فبقيت عندها إلى أن توفيت فأخذها عبد الله بن عمر .

مصحف عثمان الموحد

مضى زمن أبى بكر وعمر ، ولم يجد فى الأمر جديد حتى حدث فى زمن عثمان أن تنازع القراء فى القراءة واشتد النزاع بينهم ورمى بعضهم بعضاً بالخطأ .

حدث ذلك حينما كان المسلمون من أهل الشام والعراق يقاتلون لفتح أرمينية وأذربيجان رأى حذيفة بن اليمان وهو من كبار الصحابة هذا الحدث ففزع ورفع الأمر للخليفة قائلا له « أدرك الأمة قبل أن يختلفوا اختلاف اليهود والنصارى قال فماذا ، قال فى كتاب الله ،وقص عليه الخبر فجمع عثمان الصحابة وشاورهم فى الأمر، فقالوا له ماذا ترى ؟ فقال أرى أن تجمع الناس على مصحف واحد ويحرق ماعداه فوافقوه على ذلك ،فأمر زيد بن ثابت وعبد الله بن الزبير وسعيد بن العاص وعبدالرحمن بن الحارث بن هشام بكتابة القرآن ، وقال للقرشين الثلاثة : إذا اختلفتم وزيد فى شىء فاكتبوه بلغة قريش فإنه إنما نزل بلسانهم ، فلم يختلفوا فى شىء إلا فى التابوت ، فقال زيد بالهاء ؛ وقالوا بالتاء ، فعرضوا الأمر على عثمان فأمرهم بكتابته بالتاء .

ولما انتهوا من الكتابة (١) نسخ عدة مصاحف وأرسلها إلى الأمصار وأمر الناس بحرق ماعندهم من المصاحف(٢) التى تخالفها ، كما ألزمهم بالقراءة بما يوافقها .

وهنا يجىء التساؤل عن مصير الصحف البكرية بعد نسخ مصاحف عثمان وتوزيعها ؟

وللجواب عن هذا التساؤل : نقول إن العلماء مختلفون فى هذا الموضع على رأيين :

---

(١) كان هذا الجمع فى أواخر سنة ٢٤ ﻫ وأوائل سنة ٢٥ ﻫ ، كما صرح بذلك الحافظ بن حجر .

(٢) روى ابن سعد فى الطبقات الكبرى ج ٤ ص ١٧٠ ومابعدها عدة آثار تفيد أن نفراً من أصحاب رسول الله جمعوا القرآن فى عهده وإن اختلفت هذه الآثار فى عددهم .منهم معاذ بن جبل ، وأبى بن كعب ،وأبو الدرداء ، وزيد بن ثابت، وعبادة ابن الصامت ، وسعد بن عبيد ،وأبو أيوب ، وأبوزيد وكلهم من الأنصار .

فمنهم من ذهب إلى أن عثمان بعد أن فرغ من نسخ مصاحفه محا ما بهذه الصحف لئلا تكون مثار كلام فيما بعد . حيث يسهل محو مابها من الكتابة

ويذهب فريق آخر إلى أنها ردت إلى حفصة بعد عرض المصاحف عليها كما وعد عثمان ، وبقيت عندها إلى أن توفيت سنة ٤٥ هـ على أصح الأقوال ، ثم أخذها عبدالله بن عمر بعد ذلك ،حتى أخذها منه مروان بن الحكم والى المدينة من قبل معاوية ومحاها ، فقد روى أنه لما تولى إمرة المدينة طلب هذه الصحف من حفصة فلم تعطها له ، فلما توفيت طلبها من أخيها عبد الله فأعطاها له فغسلها. وقال : « إنما فعلت هذا لأنى خشيت إن طال بالناس زمان أن يرتاب فى شأن هذه الصحف مرتاب » .

وأنا أميل إلى هذا الرأى الأخير ، لأن عثمان وعد أم المؤمنين برد هذه الصحف إليها ، وليس من المعقول ألا يوفى أمير المؤمنين بوعده ، ولأن مصحف عثمان لم يكن مخالفاً لتلك الصحف فى شىء حتى يمحوها كما حرق غيرها من المصاحف التى كانت سبباً فى الاختلاف ، وهى مصاحف قد كتبها بعض الصحابة لأنفسهم ، وأثبتوا فيها بعض التأويلات مع الآيات ، لأنها كانت مصاحف خاصة بأصحابها.مثل مصحف أبىّ بن كعب ، ومصحف عبد الله ابن مسعود ، وكان أهل الشام يقرءون بقراءة أبى ، وأهل العراق يقرءون بقراءة عبد الله بن مسعود ، فيأتى كل فريق بما لم يسمع الآخر .

والحادثة وقعت فى الجيش المحارب من أهل الشام وأهل العراق .

ثم إن عثمان بعث مع كل مصحف إماماً يرشد الناس إلى وجوه قراءته . فبعث عبد الله بن السائب مع المكى ، والمغيرة بن شهاب مع الشامى . وأبا عبد الرحمن السلمى مع الكوفى ، وعامر بن قيس مع البصرى ، وأمر زيد ابن ثابت أن يقرىء الناس بالمدنى ، والأمر الذي رافق ارسال المصاحب هى

الاقتصار فى القراءة على ما وافقها ، وترك ما خالفها الذى صار فى حكم المنسوخ .

خط المصحف العثمانى : والخط الذى كتبت به المصاحف العثمانية وافق عليه الصحابة وعددهم حينذاك كبير ، وكان خالياً من النقط والشكل موافقاً لخط الصحف البكرية ، والرقاع النبوية .

ومن هنا وسع هذا المصحف جميع القراءات(١) .

وهذا الخط وإن كان يبدو مخالفاً لما وصل إليه الخط الآن إلا أنه لا ينبغى تغييره حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى التحريف والتبديل فى القرآن ، لأن

---

(١) القراءات فى القرآن :

تسمع القراء يقرءون القرآن بقراءات تختلف عن بعضها فى النطق، إما فى المد وعدمه «كمالك يوم الدين ، وملك يوم الدين » ، وإما فى شكل بعض الحروف. نحو «فناداها من تحتها ، وناداها من تحتها » ، والقسطاس والقسطاس المستقيم » كل ذلك كان سيئه عند ربك مكروها ، «كل ذلك كان سيئة » . وغير ذلك من أوجه الاختلاف . والقراءات كثيرة منها المواترة التى اتفق عليها المسلمون فى كل عصر ، ومنها الشاذة التى انفرد بها بعض القراء .

والقرآن بقراءاته متلقى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تلقاه بدوره عن جبريل الأمين عليه السلام ، وبلغه الرسول إلى العرب مع اختلاف لهجاتهم ، وكان من تيسير الله عليهم أن أذن لهم بقراءته كل على ما ألفه من لغته ونطقه ،

يدل لذلك ما روى عن رسول الله أنه قال : « نزل القرآن على سبعة أحرف » وجاء فى سبب هذا الحديث أنه قال : أقرأنى جبريل على حرف فاستزدته فأقرأنى على حرفين ، وهكذا حتى بلغت سبعاً » والواقعة مشهورة .

وكيف يتفق إلزام العرب على اختلاف لهجاتهم وكيفية النطق بكلماتهم — بطريقة

الخطوط مختلفة فى رسومها ، وباب التغيير والتجديد فيها مفتوح ، فلو أبيح كتابة القرآن بغير الخط العثمانى لاختلفت خطوط المصاحف ، وحينئذ يسهل التحريف فيها ، ولِمَ لاتكون هذه ميزة له . كما تميز بإعجاز لغته ؟ .

نقط المصحف وشكله : كان العرب بسليقتهم فى غنى عن الشكل والنقط لتمييز الحروف ومعرفة رسمها ، ولأن اعتمادهم فى قراءته على التلقى من الحفظة ، فهم يقرءون بقراءتهم .

= واحدة وفيه من المشقة ما لايخفى مع قوله تعالى : « ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكر »

والعرب قوم أميون لايعرفون الكتابة ولا القراءة إلا قليلا منهم ، فكان من لطف الله بهم التيسير عليهم فى قراءة مايسمعونه من رسول الله.

ولقد أثر أن عمر بن الخطاب سمع هشام بن حكيم يقرأ سورة الفرقان على وجه غير الوجه الذى حفظه من رسول الله فأخذه إلى النبى صلى الله عليه وسلم وقرأ كل واحد منهما عليه ماسمعه منه، فقال لكل منهما بعد قراءته : هكذا أنزلت ، ثم قال: إن هذا القرآن أنزل على سبعة أحرف فاقرءوا ماتيسر منها .

تلقى الصحابة هذه القراءات عن رسول الله وأقرءوها للناس كما سمعوا واشتهر منهم بعد وفاته : أبى بن كعب ، وعثمان بن عفان ، وعلى بن أبى طالب ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وأبو الدرداء ، وأبو موسى الأشعرى .

وعن هؤلاء أخذ كثير من الصحابة والتابعين فى الأمصار ، ولما جمع القرآن فى عهد أبى بكر ، ثم نسخ فى عهد عثمان ، نسخ بالخط الكوفى خاليا من الشكل والنقط ، وكانت هذه النسخ تحتمل تلك القراءات كلها المأثورة عن رسول الله .

واشتهر من القراء بعد عصر الصحابة سبعة : =

= ١ — نافع بن أبى نعيم الذى قرأ على تلاميذ ابن عباس وتوفى سنة ١٦٧ هـ

٢ — عبد الله بن كثير الذى قرأ على تلاميذ ابن عباس أيضا وتوفى سنه ١٢٠ هـ

٣ — أبو عمرو بن العلاء المازنى قرأ على تلاميذ ابن عباس أيضا وتوفى سنة ١٥٤ هـ

٤ — عبد الله بن عامر الذى قرأ على تلاميذ عثمان وعلى وأبى الدرداء وتوفى سنة ١١٨ هـ

٥ — أبو بكر عاصم بن أبى النجود الذى قرأ على تلاميذ عثمان، وعلى، وأبى الدرداء وابن مسعود، وأبى بن كعب، وزيد بن ثابت، وتوفى سنة ١٢٧ هـ

٦ — حمزة بن حبيب الذى قرأ على تلاميذ على وابن عباس، وعثمان، وتوفى سنة ١٥٤ هـ

٧ — أبو الحسن على بن حمزة الكسائى قرأ على حمزة بن حبيب وتوفى سنة ١٨٩ هـ

وهؤلاء كانوا مفرقين فى الأمصار الإسلامية. مكة والمدينة والبصرة والكوفة ودمشق وغيرها، ثم تلا هؤلاء تلاميذ لم يكونوا أقل عناية بالحفظ والضبط ممن تلقوا عنهم من شيوخ القراءات، بل زادت عنايتهم، وتلقى عنهم القراء طبقة بعد طبقة حتى اتصل السند الحفظى كما اتصل السند الكتابى.

ولقد اعتمد علماء القراءات فى صحة القراءة وقبولها على ثلاثة أمور، متى توافرت كانت القراءة صحيحة، ومتى اختلت أو اختل واحد منها كانت إما ضعيفة أو شاذة أو باطلة وهذه الأمور هى:

١ — أن توافق الرسم العثمانى.

٢ — أن توافق، اللغة العربية بوجه من وجوهها.

٣ — أن تكون صحيحة السند.

ولقد عنى العلماء بتلك القراءات وألفوا فيها كثيرا من الكتب وتلقاها الراغبون فى تعلمها طبقة عن طبقة ثم زادت عناية الدولة بها، فأنشئوا معهداً للقراءات يتبع إحدى كليات الجامعة الأزهرية.

فلما اختلط العرب بالعجم ، وفسدت الألسنة تشابهت أوضاع الحروف عليهم ، فتوفرت الداعية للنقط والشكل ، وأصبح أمراً لازماً خوف اللحن فى القرآن عند قراءته .

ابتدأ ذلك فى أوائل عهد الأمويين ، فأمر زياد بن أبيه أمير العراق أبا الأسود الدؤلى المتوفى سنة ٦٩ هـ ، وهو من كبار التابعين المتقنين للقراءة والواضع لعلم النحو فى زمن على كرم الله وجهه ، أمره أن يضع للناس علامات تضبط قراءتهم ، فشكل أواخر الكلمات من المصحف الشريف ، وجعل الفتحة نقطة فوق الحرف ، والكسرة نقطة تحته ، والضمة نقطة إلى جانبه ، وجعل علامة الحرف المنون نقطتين ، فانتشرت هذه الطريقة بين الناس وعملوا بها ، ولكنها لم تحفظ الألسنة من اللحن ، فوقع التحريف والتصحيف فى القراءة من بعض الناس ، فدعا ذلك إلى إعجام الحروف « نقطها » وشكل أوائل الكلمات وأواسطها وأواخرها .

قام بالأعجام نصر بن عاصم المتوفى سنة ٩٠ هـ بأمر الحجاج الثقفى ، وقام بالشكل الخليل بن أحمد المتوفى سنة ١٧٠ هـ ، فغير الشكل الذى وضعه أبو الأسود ، وجعل الفتحة ألفاً مسطوحة فوق الحرف ، والكسرة ياء تحته ، والضمة واواً فى أعلاه ، ووضع علامات للمد والتشديد ، وهكذا تدرج الشكل حتى وصل إلى وضعه الحالى .

ثم عنى القراء والحفاظ بوضع علامات الفصل والوقف ، وزادت العناية به ، فوضعوا أحكام التجويد والقراءات ، وكل ذلك لم يغير رسم الكلمات الأصلية فلا يقال : إنكم غيرتم الرسم العثمانى ؟

٢ ـ السنة

«معناها. المراد بها هنا . منزلتها من القرآن . تدوينها
الاختلاف فيها . دليل اعتبارها من القرآن»

السنة فى اللغة الطريقة المعتادة ، ومنه قوله تعالى «فلن تجد لسنة الله تبديلا» «ولن تجد لسنة الله تحويلا[1]» ، وقول رسول الله : «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة»

وفى اصطلاح الشرع استعمل لفظ السنة فى معنى أخص من المعنى اللغوى وهو الطريقة المعتادة فى العمل بالدين ، أو الصورة العمليـة التى بها طبق النبى صلى الله عليه وسلم وأصحـابه أوامر القرآن حسبما تبين لهم من دلالة القرآن ومقاصده .

ويراد بها فى هـذا الموضع ماروى عن رسول الله من أقوال وأفعال وتقريرات ، فهى بهذا المعنى مصدر من مصادر التشريع فى المرتبـة الثانية بعد القرآن ، وهى بالنسبة إليه شارحة ومبينة ومؤكدة ، لأنها قد تبين مجملا فيه ، مثل قول الرسول «صلوا كما رأيتمونى أصلى» المبين لقوله تعـالى «أقيموا الصلاة» ، ومثل قوله «هاتوا ربع عشر أموالكم» ، وما فى معناه المبين لقوله تعالى «وآتوا الزكاة» ، ومثل بيـانه لأعمال الحج والعمرة ، والبيع والربا إلى غير ذلك .

---

(١) فاطر : ٤٣

وقد تكون مؤكدة لما جاء فيه ، مثل حديث « استوصوا بالنساء خيراً ، فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله ، فإنه مؤكد لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » وحديث « لايحل مال امرىء إلا بطيب من نفسه » فإنه مؤكد لقوله تعالى « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وأحاديث تحريم شهادة الزور ، وقتل النفس المعصومة ، والزنى ، وأحاديث حقوق الوالدين وغيرها .

وهي من ناحية بيانها وتوكيدها فيها معنى التبعية للقرآن ، وهذا لاينفي كونها مصدراً مستقلا للتشريع(١) ، لأنها أتت بأحكام كثيرة لم يرد ذكرها في القرآن مثل حديث « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » ، وحديث « لاتنكح المرأة على عمتها أو خالتها ، ولا المرأة على ابنة أخيها أو أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ، وكالحديث الذي بين ميراث الجدة ، وأن لبنت الابن السدس

---

(١) يقول الإمام الشافعي في رسالته .. « لم أعلم من أهل العلم مخالفاً في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه . أحدها ما أنزل الله عزوجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل ما نص الكتاب ، والآخر ما أنزل الله عز وجل فيه جملة فبين عن الله معنى ما أراد ، والوجه الثالث : ماسن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب » .

ويقول ابن القيم : والسنة مع القرآن على ثلاثة أوجه .

أحدها : أن تكون موافقة له من كل وجه ، فيكون توارد القرآن والسنة على الحكم الواحد من باب توارد الأدلة وتضافرها .

ثانيها : أن تكون بياناً لما أريد بالقرآن وتفسيراً له ، وهو يشمل تفصيل المجمل وتقييد المطلق وتخصيص العام .

ثالثها : أن تكون موجبة لحكم سكت القرآن عن إيجابه ، أو محرمة لما سكت عن تحريمه .

منع البنت وحديث صدقة الفطر، وكذلك أوجبت الدية على العاقلة ، وحديث منع القاتل من الميراث ، ومنع التوارث بين المسلم والكافر وغير ذلك .

وليس كل مانقل عن الرسول من أقوال وأفعال وتقريرات يعتبر مصدراً تشريعياً ، فإن ماصدر عنه باعتباره بشراً وإنساناً كالأكل والشرب والنوم والقيام والمشى وغيرها ليس من التشريع فى شىء ، وكذلك ماثبت بالدليل أنه خاص به ، كالوصال فى الصوم ، والجمع بين أكثرمن أربع من النساء،وزواجه بغير مهر فى بعض الأحيان ، كل ذلك لايجب الاتباع فيه . بل هو خاص به صلى الله عليه وسلم ، ويلحق بذلك اجتهاداته فى الأمور الدنيوية ، كنهيه عن تأبير النخل ، وتنظيم الجيوش وغيرها ، وما عدا ذلك هو المصدر التشريعى الواجب علينا اتباعه فيه .

ثم إن نصوص السنة تختلف فى دلالتها على الأحكام - كاختلاف دلالة القرآن - فمنها ما هو قطعى الدلالة إذا كان النص لايحتمل إلا معنى واحداً . ومنها ماهو ظنى الدلالة إذا كان النص يحتمل معنيين أو أكثر .

تدوين السنة : من الثابت المعلوم أن السنة لم تكتب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كتب القرآن ، لأن الرسول نهاهم (١) عن كتابتها خوف اختلاطها بالقرآن ، وتوفى رسول الله وهى محفوظة فى صدور أصحابه كل على مقدار استعداده ، ومبلغ حضوره مجالس الرسول ، فبينما نرى واحداً منهم لايحفظ إلا طائفة قليلة من الأحاديث إذ بنا نجد غيره يحفظ الآلاف منها ، ولم

---

(١) روى مسلم وأحمد والترمذى والنسائى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا تكتبوا عنى شيئا سوى القرآن فمن كتب عنى غير القرآن فليمحه » وروى مسلم عن أبى سعيد أيضاً قال « حرصنا أن يأذن لنا النبى فى الكتابة فأبى »

يرو لنا التاريخ أنه كتب شيء منها فى عهده إلا ماقيل: إنه كان لعبد الله بن عمرو ابن العاص صحيفة تسمى الصادقة دون فيها بعض الأحاديث ، وما روى كذلك عن على كرم الله وجهه .

وفى خلافة أبى بكر رضى الله عنه لم يفكر أحد فى تدوينها للسبب السابق ، ولقصر مدة هذه الخلافة ، فلما وليها عمر رضى الله عنه عرضت له فكرة التدوين فشاور الصحابة فيها ، فأشاروا عليه بجمعها ولكنه مكث شهراً يستخير الله حتى انتهى إلى العدول عن هذا الأمر لأسباب منها :

أنه وجد هذا العمل يصعب تنفيذه ، لأن رسول الله توفى تاركا سنته موزعة فى صدور أصحابه وهم كثيرون ، تفرقوا فى البلدان ، ولا يمكن جمعهم فى مكان واحد ، ولو فرض إمكانه فلا يمكن كل واحد منهم أن يقول ما عنده مرة واحدة ، لأنها أقوال يتذكرها حافظها عند المناسبات ، كما كان يخشى اختلاطها بالقرآن ، واشتغال الناس بها عنه (١) .

ولم يقف الأمر به عند هذا الترك ، بل تخطاه إلى نهيه لهم عن كثرة الرواية وتخويفهم من ذلك ، وبعد هذا كان يتشدد فى قبول الحديث — كما سبقت الإشارة إليه .

---

(١) جاء فى كتاب بيان العلم لابن عبد البر جـ ١ صـ ٦٤ بهذا الشأن ما يلى :

روى عروة بن الزبير أن عمر بن الخطاب أراد أن يكتب السنن واستشار فيه أصحاب رسول الله، فأشار عليه عامتهم بذلك ، فلبث شهراً يستخير الله فى ذلك شاكا فيه ، ثم أصبح يوما وقد عزم الله له ، فقال : إنى كنت ذكرت لكم من كتابة السنن ما قد علمتم ، ثم تذكرت فإذا أناس من أهل الكتاب من قبلكم قد كتبوا مع كتاب الله كتباً فأكبوا عليها وتركوا كتاب الله ، وإنى والله لا ألبس كتاب الله بشىء فترك كتابة السنن »

ثم عرضت هذه الفكرة للخليفة العادل عمر بن عبد العزيز فى أواخر حياته فى سنة ١٠٠ هـ أمر أبابكر ابن حزم قاضى المدينة (١) أن يجمع السنة ، فامتثل ولكن الخليفة توفى بعد عام واحد فى سنة ١٠١ هـ ، والعام لا يكفى لتحقيق هذا الطلب حينذاك ، ولم يعن من جاء بعده من خلفاء بنى أمية بهذا الأمر لاشتغالهم بالسياسة وإدارة الحكم ، إذا استثنينا ما روى عن هشام بن عبد الملك أنه لما تولى الحكم سنة ١٠٥ هـ حث ابن شهاب الزهرى على تدوين الحديث ، بل قيل إنه أكرهه على ذلك ، وتوفى هشام سنة ١٢٥ هـ .

وفى عهد العباسيين جمعت السنة ، وابتدأ تدوينها فى منتصف القرن الثانى - تقريباً - فى مكة والمدينة والشام ومصر والكوفة والبصرة ، وكل بلد إسلامى وجد به علماء دونوا السنة . أمثال الإمام مالك بالمدينة ، والإمام الأوزاعى بالشام ، والإمام الليث بن سعد بمصر ، وسفيان الثورى بالكوفة إلا أن هذه المجموعات لم يصلنا منها إلا القليل ، مثل كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس وهو يعطينا صورة عن الكتب التى ألفت فى السنة حينذاك ، وهى أنها كانت خليطاً من الأحاديث ، وأقوال الصحابة ، وفتاويهم ، ولم يعن أصحابها بالسنة عناية من جاء بعدهم ممن تخصص فى جمع الاحاديث وترتيبها .

تلك هى الخطوة الأولى فى جمع السنة ، ثم تلتها الخطوة الثانية ، وفيها عنى أصحابها بإفراد حديث رسول الله عن فتاوى الصحابة . وأقوال التابعين وكانت هذه الخطوة على رأس المائتين ، ولكنها ابتدأت بطريقة المسانيد ، وهى جمع أحاديث كل صحابى على حدة فى جميع الأبواب ، وهذه وإن كانت جردت الأحاديث من غيرها إلا أنها لم تفرد الصحيح من غيره .

---

(١) تولى قضاء المدينة لسليمان بن عبد الملك ولعمر بن عبد العزيز وتوفى سنة ١٢٠ هـ .

وفى القرن الثالث ظهرت طريقة جديدة وهى تميز الأحاديث الصحيحة من غيرها ، والبحث عن الرواة ، فكان هذا أزهى عصور الحديث ، وفيه ألف البخارى المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، ومسلم بن الحجاج المتوفى سنة ٢٦١ هـ صحيحيهما(١) وأبو داود المتوفى سنة ٢٧٥ هـ . وابن ماجه سنة ٢٧٥ هـ . والترمذى سنة ٢٧٩هـ والنسائى سنة ٣٠٣ هـ سننهم . وكتب هؤلاء هى المعروفة بالكتب الستة ، ويلحق بها مسند الإمام أحمد المتوفى سنة ٢٤١ هـ

ولقد كان عدم تدوين السنة سبباً من أسباب وضع الأحاديث ، والكذب على رسول الله ، فظهرت طائفة من الناس تؤلف المقالات ، وتنسبها إلى رسول الله ، لأسباب عديدة (٢) . مما دعا العلماء إلى زيادة العناية بالسنة ،

---

(١) مكث البخارى فى تأليف كتابه ست عشرة سنة وأخرجه من ٦٠٠ ألف حديث وعدد أحاديثه كما قال الحافظ ابن حجر فى شرحه له ٢٥١٣ :

أما مسلم فألف كتابه من ٣٠٠٠٠٠ ألف حديث مسموعة وبلغ أحاديثه أربعة آلاف حديث دون المكرر .

(٢) منها الخصومة السياسية التى وقعت بين الشيعة وغيرهم ، وبين الأمويين والعباسيين والتنافس بين العرب والموالى أدى إلى وضع أحاديث فضل العرب على العجم وبالعكس ، والتعصب للمذاهب الفقهية والكلامية أدى إلى وضع أحاديث فى فضل الأئمة ، ومنها التساهل فى باب الفضائل والترغيب . كما حكى عن نوح بن أبى مريم أنه وضع أحاديث فى فضل سور القرآن ، فلما سئل عن ذلك قال : لما رأيت اشتغال الناس بفقه أبى حنيفة ومغازى محمد بن اسحاق وأعرضوا عن حفظ القرآن وضعت هذه الأحاديث حسبة لله تعالى .

ومنها التقرب إلى الحكام بوضع ما يوافق هواهم . كالذى حكى عن غياث بن ابراهيم أنه دخل على المهدى بن المنصور وكان يعجبه اللعب بالحمام ، فروى له حديث لا سبق إلا فى خلف أو حافر (أو جناح) فأمر له بعشرة آلاف درهم ولما خرج قال : « أشهد =

والدفاع عنها ، وكشف حيل المحتالين ، وفضح أعمال الكذابين ، فوضعوا القواعد لقبول الحديث ، أو رده .

كما كان سبباً فى انقسام الأحاديث باعتبار كثرة رواتها ، وقلتهم إلى أحاديث متواترة ، وأخرى غيرمتواترة ، وهذه تنوعت باعتبارمركز راويها ، ومقدار

= أن قفاك قفا كذاب ماقال رسول الله أوجناح ، ولكنه أراد أن يتقرب إلينا ، ثم أمر بالحمام فذبح)

وتروى هذه القصة بأن الرشيد كان يعجبه اللهو بالحمام فأهدى إليه حمام وعنده أبو البخترى القاضى تولى قضاء المدينة ثم ولى قضاء بغداد بعد أبى يوسف وتوفى سنة ٢٠٠ فى خلافة المأمون .

فقال: روى أبوهريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لاسبق إلا فى خف أوحافر أوجناح فزاد وجناح وهى لفظة وضعها للرشيد فأعطاه جائزة سنية ولما خرج قال الرشيد : لقد علمت أنه كذاب وأمر بالحمام أن يذبح فقيل له : وماذنب الحمام ؟ قال: من أجله كذب على رسول الله .

وأخيراً القصد إلى إفساد هذا الدين من الحاقدين عليه الذين دخلوه تقية ، فلقد روى أن عبد الكريم بن أبى العوجاء الوضاع لما أخذ لتضرب عنقه بعد أن اشتهر عنه ذلك قال: لقد وضعت فيكم أربعة آلاف حديث أحرم فيها وأحلل .

ولقد تنبه العلماء المخلصون إلى هذه الظاهرة فامتنعوا عن سماع تلك الأحاديث ولم يقبلوا منها إلا ما وثقوا بصحته ثم وضعوا قواعد الجرح والتعديل لتوزن بها الأحاديث ويظهر أن هذا الوضع بدأ فى عهد الصحابة لما رواه مسلم بسنده أن بشيراً العدوى جاء إلى ابن عباس فجعل يحدث ويقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال فجعل ابن عباس لايأذن لحديثه ولاينظر إليه ، فقال: يا ابن عباس مالى لا أراك تسمع لحديثى ؟ أحدثك عن رسول الله ولا تسمع . فقال ابن عباس : إنا كنا مرة (زمناً) إذا سمعنا رجلا يقول: قال رسول الله ابتدرته أبصارنا وأصغينا إليه بآذاننا فلما ركب الناس الصعبة والذلول لم نأخذ من الناس إلا ما نعرف .

الثقة فيه إلى أحاديث صحيحة ، وأخرى حسنة ، وثالثة ضعيفة ، كما تتنوعت باعتبارات أخرى إلى أحاديث موصولة ، وأخرى منقطعة ، وأحاديث مرفوعة ، وأخرى مرسلة أو موقوفة ، وغير ذلك مما هو معروف فى علم مصطلح الحديث .

ومن هنا لم يكن ثبوتها كثبوت القرآن ، لأنه نقل كله بطريق التواتر القطعى فكان مقطوعاً بأنه كلام الله ، وأما السنة فقد كان منها المنقول بطريق التواتر ، ومنها المنقول بطريق الشهرة ، ومنها المنقول بطريق الآحاد بعضه موصول السند ، وبعضه غير موصول . الأمر الذى أدى إلى الاختلاف فى كون السنة تعتبر مصدراً تشريعياً كالقرآن أولا .

وقد اتفق جمهور المسلمين على اعتبار السنة مصدراً من مصادر التشريع تلى القرآن فى المرتبة ، لأنهم ما كانوا يلجئون إليها إلا إذا لم يجدوا نصاً فى كتاب الله ، أو وجدوه مجملا غير مفصل . وإن اختلفوا فى شروط اعتبارها .

وقد تقدم عند الكلام على المذاهب مايشترطه كل إمام فى الحديث الذى يعمل به .

وخالف فى ذلك طائفة شذت ، فذهبت إلى أن السنة لايعمل بها إلا إذا وافقت القرآن ، مستندين إلى حديث طعنه العلماء بأنه موضوع مكذوب على رسول الله وهو : « ما آتاكم عنى فاعرضوه على كتاب الله فإن وافق كتاب فأنا قلته ، وإن خالف كتاب الله فأنا لم أقله ، وكيف أخالف كتاب الله وبه هدانى الله » ، فلقد قال فيه عبد الرحمن بن مهدى : الزنادقة والخوارج وضعوا ذلك الحديث وقال قوم : إنا عرضنا هذا الحديث على كتاب الله ـ كما يقول أصحابه ـ فوجدناه

مخالفاً له ، لأنا وجدنا كتاب الله يأمر بطاعة الرسول ، ويحذر من مخالفته ، ويطلق التأسى به (١)

وهذه الطائفة المشككة انقرضت وأرخى عليها التاريخ ستار النسيان والحمد لله

والدليل على اعتبار السنة مصدراً تشريعيا ماجاء فى القرآن من الآيات الدالة على ذلك منها .

قوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا » (٢) وقوله : « وأطيعوا الله والرسول » ، وقوله « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » (٣)

وأخيراً يقول رسول الله « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتى » ويقول « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى » .

---

(١) أنظر الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٨ ، ١٩ ، وكتاب (إيقاظ همم أولى الأبصار ص ٤٨ للشيخ المحدث الفلانى نسبة إلى فلان قبيلة فى السودان المتوفى سنة ١٢١٨ هـ . ولقد روى أبو يوسف فى كتابه الرد على سير الأوزاعى ص ٢٥ ومابعدها هذا الحديث بصدد تأييد مذهبه فى الاقتصار من الأحاديث على ما اشتهر منها ، فهو يقصد أن حديث الآحاد لايقبل إلا إذا وافق كتاب الله وما اشتهر من أحاديث رسول الله ، يؤيد ذلك أن المعلق على الكتاب العلامة أبو الوفا الأفغانى ذكر عدة روايات لهذا الحديث جاء فيها رواية تقول : (إنه سيأتيكم عنى أحاديث مختلفة فما أتاكم موافقا لكتاب الله وسنتى فهو منى ، وما أتاكم مخالفاً لكتاب الله وسنتى فليس منى) ، ثم نقل عن المعتصر من المختصر من مشكل الآثار ص ٤٦٢ أن الطحاوى قال : والحاصل أن الحديث المروى إذا وافق الشرع وصدقه القرآن وماتظاهرت به الآثار ولوجود معناه فى ذلك وجب تصديقه ، لأنه إن لم يثبت القول بذلك اللفظ فقد ثبت أنه قال معناه بلفظ آخر . وإن كان الحديث المروى مخالفا للشرع يكذبه القرآن والأخبار المشهورة وجب أن يدفع ويعلم أنه لم يقله وهذا ظاهر .

(٢) الحشر : ٧ (٣) النور : ٦٣

١ - الاجماع [1]

تعريفه . إمكان تحققه . محل دلالته .
أنواعه . أمثلة مما ثبت به .

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر الفقه الإسلامى ، والعلماء مختلفون فى تعريفه ، وأحسن ماقيل فيه : « إنه اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته فى عصر من العصور على حكم شرعى » .

ومعنى ذلك . أن تقع حادثة بعد عصر الرسول لايوجد نص صريح فى حكمها فيجتهد فيها المجتهدون كلهم . سواء أكانوا مجتمعين فى مكان واحد أم غير مجتمعين ، ثم ينتهى اجتهادهم إلى التوافق فى النتيجة واتحاد الحكم .

وكما اختلفوا فى التعريف اختلفوا فى إمكان تحققه :

والذى نراه فى هذا الأمر المختلف فيه . أنه كان ممكن التحقق فى عهد الخليفتين أبى بكر وعمر رضى الله عنهما لقلة عدد الفقهاء المجتهدين ، واجتماعهم فى بلد واحد ، وإمكان معرفة رأى من كان خارج المدينة ، وتقرر مبدأ الشورى بينهم ، ومع كل ذلك فقد ثبت أن بعض ما قيل إنهم أجمعوا عليه كان رأى الأغلبية .

وأما بعد هذا العصر فقد تفرق العلماء فى الأمصار الإسلامية ، وزاد هذا

---

(١) اخترنا أن يكون الاجماع من المصادر التبعية . لأنا نريد بها ماجاء عن طريق الاجتهاد ، وهو محتاج دائما إلى دليل يستند اليه .

التفرق ما جد من الأحداث السياسية ، وغير السياسية التى يتعذر معها الاتفاق ، أو على الأقل يتعذر معها معرفة رأى كل المجتهدين فى المسألة (١) .

ثم إن الاتفاق وقع على مسائل هى معلومة من الدين بالضرورة ، وهى التى ثبتت بالقرآن ، أو بالسنة المتواترة ثبوتاً قاطعاً لاشك فيه ، مثل فرضية الصلاة ، وكونها خمساً ، وفرضية الزكاة والحج ، وصوم رمضان ، وما شابه ذلك مما اتفق عليه المسلمون جميعاً ، والإجماع فى أمثال هذه المسائل لا يعتبر دليلا لأنها ثابتة قبله بأدلة قطعية متواترة لاشبهة فيها .

وإنما يعتبر دليلا فى المسائل الاجتهادية التى لايوجد لها دليل قاطع ، بل وجد لها دليل ظنى سواء أكان حديثا أم قياسياً ، فإذا اجتهدوا واتفقوا على دلالة هذا الدليل الظنى أفادنا ذلك الاتفاق أن مدلول هذا الدليل هو مراد الشارع ، وانتقلت دلالته من الظنية إلى القطعية .

وبعد هذا فالاجماع كما يقول علماء الأصول نوعان : صريح ، وسكوتى

---

(١) من أجل ذلك لم يجزم الإمام الشافعى بتحققه مع اعترافه به كدليل إن وجد فيقول فى رسالته ص ٥٣٤ : لست أقول ولا أحد من أهل العلم يقول هذا مجمع عليه إلا لما لاتلقى عالماً ابداً إلا قاله لك ، وحكاه عن من قبله ، كالظهر أربع وكتحريم الخمر ، وما أشبه ذلك ،

ويوافقه الإمام أحمد بن حنبل فى هذه الدعوى فيقول : مايدعى فيه الرجل الاجماع فهو كذب . من ادعى الإجماع فهو كاذب . لعل الناس اختلفوا ، وفى رواية أخرى يعتبر الإجماع دليلا ، ولكنه يكتفى باتفاق الأكثر مع مخالفة الأقل .... وليس بين الروايتين تناقض ، لأن الأولى تحيل اتفاق الكل عادة ، والثانية تعتبر اتفاق الأكثر وهو المتصور وقوعه فى العادة .

الأول : أن يتفق كل المجتهدين بالقول أو بالفعل على حكم شرعى مجتهد فيه ، وهذا لا نزاع فى حجيته عند جمهور المسلمين متى وجد .

الثانى : أن يتكلم البعض بالحكم ، ويسكت الباقون من غير موافقة أو مخالفة صريحة ، أو يفعل البعض الشىء ، ويسكت الباقون كذلك .

وهذا النوع مختلف فيه . فمن الفقهاء من اعتبره دليلا ، لأنه يعتبر السكوت موافقة على ماصدر من البعض ، ولو كان غير صواب لأنكروا عليهم ، وبينوا خطأهم .

ومنهم من لم يعتبره دليلا معللين ذلك بأن السكوت كما يحتمل الموافقة يحتمل غيرها ، ولا دلالة مع الاحتمال ، وعلى كل حال فأهل السنة من المسلمين يعتبرون الإجماع دليلا(١) شرعياً ، ومصدرا من مصادر الفقه الإسلامى متى تحقق بعد عصر الرسالة .

والشيعة يوافقون على اعتباره دليلا ، لكنهم جعلوا أهل الإجماع العلماء منهم فقط ، فالمعتبر فى تحققه هو اتفاق علمائهم وافقهم غيرهم أو لا .

---

(١) لم تنفرد الشريعة الإسلامية باعتبار الإجماع مصدرا من مصادر التشريع ، بل الشرائع الوضعية اعتبرته كذلك . بل هو عندهم أساس لكل القوانين تشريعا وتطبيقا . ألا ترى أن القوانين لاتصدر إلا بموافقة أغلبية الهيئات التشريعية ، وأن النظريات القانونية التى يجمع عليها معظم الفقهاء لها قوة ملزمة وإن لم يصدر بها تشريع ، يجمع وأن القوانين الوضعية تجعل الحكم عند تعدد القضاة واختلافهم لرأى الأغلبية ، وعند اختلاف دوائر المحاكم العليا فى تقرير المبادىء القانونية ، أو تفسير النصوص يكون الحكم لأغلبية قضاة الدوائر مجتمعين. وهذا من غير شك لايقارب الإجماع الذى صوره العلماء المسلمون ، ومع ذلك اعتبروه ملزما .

وأما الخوارج فلا يعترفون بالاجماع ، لأنهم خرجوا على الجماعة ، وحكموا بتكفير على وعثمان والحكمين وكل من رضى بالتحكيم .

ومن أمثلة ماثبت من الأحكام بالاجماع .

توريث الجد السدس عند عدم الأب مع وجود الابن ، فإنه ثابت بإجماع الصحابة ، وكذلك حكمهم بمشاركة الجدة لأب للجدة لأم فى السدس إذا كانت كل منهما وارثة ، وكذلك تحريم شحم الخنزير ، فان القرآن حرم لحمه ، ولم يعرض للشحم ، وكذلك إجماع الصحابة على جمع القرآن فى مصحف واحد فى زمن أبى بكر ، ومثله زيادة الأذان الثانى يوم الجمعة على الزوراء ، وهي دار فى سوق المدينة فى عهد عثمان لما كثر المسلمون .

٢ ـ القيـــاس

تعريفه . أركانه . مرتبته بين الأدلة . أمثلته .

القياس إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى الثابت للمنصوص عليه لاشتراكهما فى علة هذا الحكم ، ومعنى هذا . أن توجد حادثة لم يرد فى حكمها نص خاص ، فتلحق بحادثة أخرى مشابهة لها قد ورد فيها نص ، فيثبت حكم الحادثة المنصوص عليها للحادثة الأخرى إذا وجدت علة الحكم فيها .

وله أربعة أركان :

١ ـ **المقيس عليه** : وهو الحادثة التي ورد النص ببيان حكمها ، ويسمي الأصل .

٢ — **المقيس**: وهو الحادثة التى لم يرد فيها النص ، ويراد معرفة حكمها ، ويسمى الفرع .

٣ — **الحكم**: وهو الحكم الشرعى الذى يثبته المجتهد للفرع بعد أن كان ثابتاً فى الأصل بالنص .

٤ — **العلة**: وهى الوصف الذى شرع لأجله الحكم فى الأصل ، وتبين وجوده فى الفرع ، ومن أجله ثبت الحكم له .

والقياس يأتى فى المرتبة الرابعة ، وهو مختلف فيه ، ولكن جمهور الفقهاء يذهبون إلى اعتباره ، وإن كان تابعا للأدلة الأخرى ، لأنه لايثبت به حكم إلا إذا ثبت الحكم فى الأصل بدليل من الأدلة الثلاثة السابقة ، ولذلك قالوا عنه إنه أصل من وجه وفرع من وجه .

ومع هذه التبعية وتأخره فى المرتبة فهو أوسع دائرة من الأدلة السابقة ، لأن النصوص من القرآن والسنة على كثرتها لم تثبت أحكام كل الحوادث ، بل بعضها فقط ، والإجماع قليل الحصول لاختلاف المجتهدين ، وتباعد أماكنهم والقياس لايشترط فيه اتفاق المجتهدين ، بل هو عمل فردى لكل مجتهد ، والحوادث تتجدد كل يوم ، وتختلف باختلاف البلدان ، وليس لها من دليل غير القياس الذى يلحقها بما هو منصوص عليه أو مجمع عليه .

ومن أمثلة القياس الشرعى :

١ — جاء النص بكراهية البيع وقت النداء للصلاة يوم الجمعة ، وهو قوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع »(١) ، والعلة فى ذلك هى أن البيع فى هذه الحالة يشغل الإنسان

(١) الجمعة — ٩

عن الصلاة ، فقاس الفقهاء على البيع كل مايشغل كالإجارة والرهن ، وكل معاملة ، وأعطوها حكم البيع .

٢ — ورد النص بعدم إرث القاتل لمورثه المقتول ، وهو حديث . « لايرث القاتل » والعلة فى ذلك هى أن القاتل استعجل الإرث قبل أوانه ، فيرد عليه قصده ، فقاس الفقهاء على ذلك قتل الموصى له الموصى فمنعوه من استحقاق المال الموصى به ، الأصل هنا الوارث القاتل ، والفرع الموصى له القاتل ، والحكم هو حرمانه من الحق الذى كان ثابتا له ، والعلة استعجال كل منهما أخذ الحق قبل أوانه .

٣ — ورد النص فى اعتبار سكوت الفتاة البكر عند عقد الزواج إذا استأذنها وليها رضاً منها ، وتوكيلا له ، وهو حديث « البكر تستأذن وإذنها صماتها » . فقاس الفقهاء على ذلك سكوتها عند علمها بتزويج الفضولى لها ، واعتبروه إجازة لهذا العقد ، وكأنه توكيل سابق .

٤ — ورد النص بتحريم الخمر وهو النى من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ، فقاس الفقهاء عليها كل مسكر من غير ماء العنب لوجود العلة ، وهى الاسكار .

النوع الثانى :

١ ـ الاستصلاح أو المصالح المرسلة

معنى المصلحة . أنواعها . المتفق عليه منها والمختلف فيه . أمثلتها . موقف الأئمة منها .

تمهيد : قصد الشارع بشرعية الأحكام تحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم ، والمصالح هى المنافع ، والمفاسد هى المضار ، وأن الشارع عند شرعه للأحكام أباح ماغلبت منفعته ، وحرم ماغلبت مفسدته ، ولم يسر مع رغبات الناس وأهوائهم ، يدل لذلك قوله تعالى « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض »(١) . وقوله : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم »(٢) .

وعلى هذا انقسمت المصالح إلى ثلاثة أنواع :

الأول : ماقام الدليل الشرعى على اعتبارها وأمثلته كثيرة ، منها حفظ النفس الذى شرع من أجله القصاص ، وتحريم الاعتداء عليها ، وحفظ المال الذي حرم أكله بالباطل ، وأوجب ضمانه عند التعدى ، وحفظ العقول الذى دل على رعايتها تحريم الخمر وسائر المسكرات .

الثانى : ماقام الدليل على إلغائها ، ومثاله الاستسلام إلى العدو فقد يظهر لأول نظرة أن فيه مصلحة ، وهى حفظ النفس من القتل ، ولكن هذه المصلحة لم يعتبرها الشارع ، بل ألغاها لمصلحة أرجح منها ، وهى احتفاظ الأمة بالعزة والكرامة ، وفى الاستسلام مفاسد كثيرة ، فدفع العدو بالقتال دفع لهذه المفاسد وجلب للمصالح العظيمة .

---

(١) المؤمنون – ٧١ (٢) المائدة – ٤٩

الثالث : ما لم يقم دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها ، وهذا النوع يسمى بالمصالح المرسلة ، وسميت مرسلة . لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها ، ومن العلماء من سمى هذا الدليل بالاستصلاح ، ومعناه « العمل بالمصلحة ، ومثالها . قضاء الصحابة بتضمين الصناع ، فإذا دفع شخص لواحد من هؤلاء ثوباً أو غيره ثم هلك ، ولم يقم البينة على أنه تلف بغير سبب منه فيقضى على الصانع بضمانه عملا بالمصلحة ، ووجه المصلحة فى هذا أن الناس محتاجون الى التعامل مع هؤلاء ، وهم يغيبون الأمتعة عن أعين أصحابها . وليس من شأنهم الاحتياط فى حفظها ، فمن المصلحة تضمينهم لئلا تضيع أموال الناس ، وفى هذا يقول على كرم الله وجهه : « لا يصلح الناس إلا ذاك »(١) .

ومن هذا النوع قتل الجماعه بالواحد . فإنه لم يرد دليل خاص باعتباره أو إلغائه ، فلو لم يقتل الجماعة بالواحد عند اشتراكهم فى قتله لأدى ذلك إلى إهدار الدماء .

ومن ذلك جمع المصحف فى زمن أبى بكر ، وتوحيده فى زمن عثمان ، وحق ولى الامر فى فرض ضريبة على الاغنياء إذا اقتضت مصلحة الدولة ذلك

---

(١) ولما كان هذا محل اجتهاد اختلف أئمة الحنفية فيه ، فأبو حنيفة لا يقول بضمانه إلا بالتعدى ، فلو هلك بسبب لا تعدى فيه ولو كان يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان ، لأن سبب الضمان أحد أمرين . العقد أو التعدى ، وخالف أبو يوسف ومحمد فذهبا إلى تضمينه كما أفتى على كرم الله وجهه ، يقول فخر الإسلام فى أصوله ج ٣ ص ٩٢٧ : وقال أبو يوسف ومحمد فى الأجير المشترك إنه ضامن ، ورويا ذلك عن على ، وخالف ذلك أبو حنيفة بالرأى » .

موقف الأئمة من هذا الدليل: إختلف الأئمة فى هـذا الدليل . فمنهم من رده ومنهم من عمل به ، وبعض العلماء ينسب العمل به إلى الإمام مالك مدعياً أن غيره من الأئمة لم يعمل به ، والحق أن كثيراً من الأئمة اعتبروه ، والاختلاف بينهم إنما هو فى التوسع فيه ، ولا شك فى أن الإمام مالكا هو الذى توسع فيه أكثر من غيره .

ولكن ينبغى التنبيه إلى أن من عمل بالمصلحة من الأئمة لم يعمل بها مطلقة من القيود ، بل قيدها بشروط يقربها من الأصول الشرعية ، فمن الشروط التى شرطوها :

١ — أن تكون المصلحة محققة ، فلا يصح العمل بها فى أمر موهوم .
٢ — أن تكون عامة . على معنى ألا تكون قاصرة على شخص معين .
٣ — أن تكون معقولة بحيث لو عرضت على العقول السليمة قبلتها .

ومع هذه الشروط لا يوجد محل للطعن فى العمل بالمصالح بما قيل : إن إباحة العمل بها يفتح الطريق أمام العوام للتصرف فى أحكام الشريعة على حسب أهوائهم ، وأنه يفضى إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة .

أقول لا محل للطعن بذلك ، لأن تلك الشروط تخرجها عن أن تكون فى متناول العلماء الذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد فضلا عن العوام .

واختلاف الأحكام باختلافها ليس عيباً ، بل هو من محاسن الشريعة ، لأن كل مجتهد يفتى بالمصلحة التى تناسب البيئة التى يعيش فيها بعد تقدير ظروفها وملابساتها .

٣ ـ الاستحسان

آراء الأئمة فيه . حقيقته . أمثلته .
الفرق بينه وبين المصالح المرسلة .

هذا المصدر مختلف فيه بين الأئمة ، فقد أنكره الشافعي أشد الإنكار فى كتابيه الأم ، والرسالة ، حتى قال فيه قولته المشهورة : « من استحسن فقد شرع » ، واعتبره الأئمة الثلاثة . أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد بن حنبل (١) .

وهذا الخلاف لاحقيقة له ، لأن الاستحسان الذى نفاه الإمام الشافعي ليس هو الذى جعله غيره دليلا ، حيث إن كلامه يدل على أنه قول بالهوى من غير سند شرعى ، ولما وضحت حقيقة الاستحسان على يد تلاميذ أبى حنيفة وأتباعه سلم به أتباع الشافعي .

ولقد نقل فى تعريف الاستحسان عبارات كثيرة أحسنها فى نظرى ، ماقاله أبو الحسن الكرخى من الحنفية .

---

(١) قال ابن العربى من المالكية : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، وقال القاضى من الحنابلة : الاستحسان مذهب أحمد بن حنبل ، وهو أن يترك حكم إلى حكم هو أولى منه ، وهذا لاينكره أحد ، وقال الشاطبى المالكى : إن موضع الاستحسان إذا كان العمل بالقياس يؤدى إلى فوت مصلحة أو جلب مفسدة فيجب تركه حينئذ لما فيه من الحرج ؛ والله يقول : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » وروى عن الإمام مالك أنه قال : « الاستحسان تسعة أعشار العلم » وقال أصبغ : « الاستحسان عماد العلم » .

« إنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول ».

ومعنى ذلك أنه يوجد فى المسألة دليلان ، أحدهما عام أو ظاهر ، والآخر خاص أو خفى ، فكان مقتضى الظاهر أن تأخذ حكم نظائرها مما دل عليه الدليل الظاهر ؛ ولكن بعد التأمل وجد أن الدليل الآخر أقوى وأرجح ، فعدل بها عن حكم نظائرها إلى حكم آخر .

هذا وعلماء الحنفية يثبتون للاستحسان أنواعا أربعة : استحسان السنة ، والإجماع ، والقياس الخفى ، والضرورة ، ومن تتبع فقههم يجد أنواعا أخرى (٢) ويظهر أن الحنفية لما وجدوا غيرهم طعنوهم فى العمل بالاستحسان توسعوا فيه حتى جعلوه شاملا لأنواع من الأدلة المعترف بها من الجميع كالسنة والإجماع .

وليس هنا مجال بسط الكلام فى ذلك ، ولكننا سنقتصر على ذكر بعض الأمثلة للتوضيح :

١ ــ قرر الفقهاء أن الشخص إذا وقف أرضاً زراعية على جهة بر فإن حقوقها من الشرب والمسيل والمرور تدخل فى الوقف ولو لم ينص فى وقفه على ذلك ، مع أن مقتضى القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كما فى بيع الأرض حيث لا تدخل فى المبيع إلا بالنص عليها ، ووجه الاستحسان . أن الوقف لا يفيد ملك الموقوف عليه المال الموقوف ، وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط ، والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق ، كما فى عقد الإجارة

(١) راجع رسالتنا « تعليل الأحكام » فى بحث الاستحسان .

فهنا قياسان ، قياس ظاهر ، وهو إلحاق الوقف بالبيع ، من جهة أن كلا منهما يفيد إخراج المال من ملك مالكه ، وقياس خفى ، وهو إلحاقه بالإجارة من ناحية أن كلا منهما مقصود به الانتفاع ، فرجحوا الثانى .

٢ - قرروا تضمين الأجير المشترك ، كالحائك والصباغ إذا هلك الشىء فى يده بدون سبب ظاهر ، فإن تضمينهم ثابت استحساناً على خلاف القياس الذى يقتضى عدم التضمين ، لأن المال فى يده أمانة ، كالوديعة فى يد المودع ، والمال المشترك فى يد أحد الشركاء ، والمال المستأجر فى يد المستأجر ، والأمين غير ضامن إلا إذا تعدى .

٣ - جواز الاستصناع والسلم استثناء من قاعدة بيع المعدوم المنهى عنه .

والاستحسان فى الحقيقة طريق للخروج من مأزق إطراد القواعد الموقع فى الحرج ، فهو يرجع إلى قاعدة رفع الحرج فى الشريعة الإسلامية ، ولهذا روى عن الإمام مالك أنه قال « الاستحسان تسعة أعشار العلم » (١) .

تنبيه : إذا نظرنا إلى التفريعات التى فرعوها على كل من الاستحسان والمصالح المرسلة خصوصاً فى مذهب الإمام مالك نجد توافقاً ، بل اتحاداً فى بعض الأمثلة ، فتضمين الصناع جعله الإمام مالك من باب المصالح ، والحنفية جعلوه من باب الاستحسان ، والسبب فى ذلك كما يقول الشاطبى فى الاعتصام (٢) أنهم صوروا الاستحسان ، تصوير الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة .

والذى يؤخذ من تتبع مواضع الاستحسان ، والمصلحة المرسلة ، أن المصلحة أعم من الاستحسان ، فإذا كان الأخذ بالمصلحة فى مقابل قاعدة عامة اعتبر ذلك استحساناً ، وإن لم يكن فيه مخالفة للقياس لم يكن استحساناً .

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٠٧ (٢) ج ٢ ص ٣٢٤

٣ – العرف

معناه . الفرق بينه و بين العادة . أنواعه المعتبر منها ودليل اعتباره . شروطه . تعارضه مع النصوص . تعارضه مع ماثبت بالاجتهاد . تغير الأحكام تبعاً لتغير الأعراف .

العرف هو ماتعارفه جمهور الناس وساروا عليه ، سواء كان قولا أو فعلا أو تركا . ومن العلماء من يسوى بين العرف والعادة ، لأنها ما اعتاده الناس من قول أو فعل .

والتحقيق أن العادة أعم من العرف ، فهو نوع منها ، لأن العادة هي الأمر المتكرر مأخوذة من العود ، أو المعاودة ، بمعنى التكرار ، فإذا فعل إنسان فعلا من الأفعال ، وتكرر منه حتى أصبح سهلا عليه إتيانه ، وشق عليه تركه ، سمى ذلك عادة له ، ولذلك قيل : « العادة طبيعة ثانية » (١) ، وكما يكون تعود الشيء من فرد يكون من الجماعة ، وتسمى الأولى عادة فردية ، كما تسمى الثانية . عادة جماعية ، والعرف لايصدق إلا على النوع الثانى .

---

(١) معنى ذلك أن للعادة مايقرب من قوة الطبيعة ، وهى مافطر الناس عليه منذ خروجهم من بطون أمهاتهم : كالسمع بالأذن والبصر بالعين والبطش باليد، فلو حاول إنسان أن يبصر بأذنه أو يسمع بعينة ما استطاع إلى ذلك سبيلا . كذلك العرف وهو الأمر المعتاد من قديم الزمان لا يستطيع الانسان الخروج عليه ، ولذلك قال الفقهاء : « وفى نزع الناس من عاداتهم حرج بين » وكانت مهمة الرسل والمصلحين شاقة لأنهم يحاربون العادات الفاسدة فى أقوامهم .

فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لايسمى ذلك عرفا ، بل لابد فى تحقق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب ، لافرق بين علمائهم وعامتهم ، وبهذا يفارق العرف الإجماع ، فإنه كما سبق اتفاق المجتهدين ، ولادخل لغيرهم فيه .

أنواعه : يتنوع العرف إلى أنواع . فينقسم إلى قولى وفعلى .

فالقولى : كتعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه فى اللغة يشمل النوعين ، والقرآن جاء به كذلك فى قوله تعالى : « ولكم نصف ماترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد » (١)

وكتعارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن اللغة لاتمنع ذلك بل القرآن سماه لحماً فى قوله تعالى :(وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (٢) .

ومثل وضع القدم فى دار فلان ، فإن هذا اللفظ معناه وضع القدم الواحد ولكن العرف صرفه إلى الدخول ، فلو حلف إنسان : لايضع قدمه فى دار فلان ، ثم دخلها راكباً ، فإنه يحنث بناء على العرف ، ولو مد رجله فوضعها فيها وهو خارج عنها لايحنث .

ومنه قول الشخص: عليّ المشي إلى بيت الله ، فإن العرف يصرفه إلى إيجاب حجة أو عمرة .

والفعلى : كتعارفهم بيع التعاطى من غير لفظ ، وتعارفهم تقديم جزء من

---

(١) النساء : ١٢ (٢) النحل : ١٤

المهر وتأجيل باقيه إلى أبعد الأجلين « الطلاق والموت » وتعارفهم تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة .

وينقسم ثانياً إلى عام وخاص .

فالعام : ما كان منتشراً فى جميع البلدان .

والخاص : ما كان سارياً بين بعض البلدان دون باقيها ، أوكان بين طائفة دون غيرها من الطوائف .

وأخيراً ينقسم إلى صحيح وفاسد .

فالصحيح : هو الذى لايخالف قواعد الشريعة وإن لم يرد نص خاص فى موضعه .

والفاسد : هو الذى يكون مخالفاً لقواعد الشريعة ، أومبطلا للنصوص ، كتعارف الناس كثيراً من المنكرات ، مما يفعلونه الآن فى المآتم والأفراح والموالد ، والتعامل بالربا والقمار ، وشرب الخمر ، وخروج النساء كاسيات عاريات .

وليس كل هذه الأنواع معتبراً فى نظر الشارع ، بل المعتبر هو العرف الصحيح العام باتفاق الفقهاء ، كما اتفقوا على عدم اعتبار الفاسد مهما كان نوعه واختلفوا فى اعتبار الصحيح الخاص ، فمنهم من اعتبره ، لأن إهداره يلحق بأهله الحرج .

والدليل على اعتبار العرف فى التشريع . ماثبت من أن الرسول اقر بعض ماتعارفه العرب إذا كان فيه مصلحة راجحة .

ومن العلماء من يستند فى ذلك إلى مارواه الإمام أحمد فى مسنده « موقوفا »

عن عبد الله بن مسعود أنه قال: « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (١) و بعض الفقهاء يرفع هذا النص إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢)

ومن هذا جاء فى القواعد الفقهية قولهم « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» « والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، « والعادة محكمة » ، « والحقيقة تترك بدلالة العرف »

شروط اعتبار العرف: لكى يكون العرف معتبراً فى نظر الشارع يشترط فيه مايلى:

١ — أن يكون مطرداً فى جميع معاملاتهم ، أو غالباً عليها ، فلو كانوا يتعاملون به فى بعض الحوادث ، ويتركونه فى البعض الآخر لايعتبر لتعارض العمل والترك (٣) .

٢ — أن يكون ذلك العرف موجوداً عند إنشاء التصرف ، فلو أنشأ شخصان تصرفا من التصرفات ، ثم ثار نزاع بينهما ، فإن العرف الذى يحكم فى هذا النزاع ويجعل فيصلا له ، ماكان موجوداً عند التصرف لاماحدث بعد ذلك

---

(١) راجع إعلام الموقعين ج ١ صفحة ٧٤

(٢) جاء فى أصول السرخسى ج ١ ص ٢٩٩ : لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخيرة التى يتعاطاها الناس قال: « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ومارآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح »

(٣) الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٢٨ ، ومن تأمل هذا الشرط وجده لايفيد شيئاً جديداً زائداً عن معنى العرف وحقيقته ، لأن العرف هو ماتعارفه جمهور الناس وساروا عليه ، وهذا لايتحقق إلا بكونه مطرداً أو غالبا .

يقول صاحب الأشباه (١) « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن (٢) السابق دون المتأخر ، ولذا قالوا « لاعبرة بالعرف الطارىء » .

فلو حلف رجل لايأكل لحماً وكان عرف الناس فى بلده حينذاك أكل لحم البقر فقط فإنه لايحنث إلا بأكل لحم البقر ، فلو أكل غيره من اللحوم فإنه لايحنث ، لأن العرف يفسر الألفاظ ، ولا عبرة (٣) باللغة مع وجود عرف مخالف لها ، ولو فرض وتغير العرف بعد ذلك ، وأصبح اللحم المأكول لهم هو لحم الضأن فقط ، فإن هذا العرف لايؤثر فى اليمين السابق عليه ، وإنما يحكم فيما يحدث بعده من الأيمان .

ولو عقد زوجان عقد زواج ، ولم يصرحا بتعجيل المهر أو تأجيله ، فانه يرجع ذلك إلى عرف إقليمهم ، فان كان العرف يقضى بتعجيل البعض ، وتأخير البعض الآخر ، ثم تغير العرف إلى تعجيل الكل ، ثم حصل نزاع بين الزوجين ، فإن العرف الحادث لايحكم فى هذا النزاع ، بل يحكم العرف السابق الموجود وقت العقد .

---

(١) جزء ١ ص ١٣٣ .

(٢) يقول شارحه « الحموى » تعليقا على عبارة المقارن السابق : أى السابق لوقت اللفظ واستقر حتى صار فى وقت الملفوظية ، وأما المقارن الطارىء فلا أثر له ، ولا ينزل عليه اللفظ السابق .

(٤) هذا عند الحنفية ، لأن العادة « العرف العملى » يخصص النص عندهم خلافاً للشافعية فانهم لم يعتبروه مخصصاً فيبقى اللفظ على عمومه .

ثم إنه يلاحظ أن الحنفية يقولون إنه يحمل على المتعارف فيما إذا لم يكن للحالف نية التعميم ، أما إذا نوى العموم فانه يحنث بأكل أى نوع من أنواع اللحم . راجع التحرير وشرحه .

٣ — ألا يعارضه تصريح بخلافه .

فلو كان العرف الجارى فى مسألة المهر تعجيل النصف وتأخير النصف وشرطت الزوجة تعجيل كل المهر وقبل الزوج ذلك لايعتبر العرف فى هذه الحالة ، لأن العرف لايلجأ إليه إلا إذالم يوجد ما يفيد مقصود العاقدين صراحة وترك التصريح من العاقدين يعتبر إحالة على دلالة العرف .

وقد قالوا « لاعبرة للدلالة فى مقابلة التصريح » .

٤ — ألا يكون معطلا لنص أو مناقضا لأصل شرعى قطعى .

فإذا كان الشىء المتعارف ورد النص بمنعه لايعتبر ، كما فى تعارف الناس تجارة الخمر وشربها ، والتعامل بالربا وما شابه ذلك ، لأن فى اعتبار العرف إهدار النص وإلغائه ، وفتح هذا الباب يؤدى إلى نقض التكاليف كلها ، والشريعة إنما جاءت لتخضع المكلفين لأحكامها لا أن تكون خاضعة لأعرافهم ورغباتهم .

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » (١)

وليس هذا فى الشريعة بدعا ، بل ذلك مألوف فى القوانين الوضعية ، فإنها تمنع التعاقد أو التعامل بما يتعارض مع نصوص القانون ويلغيها وهى وإن كانت تعتبر العرف بعد نصوص التشريع إلا أنها لاتعتبر منه ما يخالف النظام العام والآداب العامة .

فإذا كان القانون يحجر على الناس التعارف فيما يخالف النصوص ، أو يخالف النظام العام ، فأى غرابة فى أن الشريعة لاتعتبر من الأعراف ما كان

---

(١) المؤمنون — ٧١ .

مبطلا للنصـوص ، أو هادماً للقواعد القطعيـة العـامة ؟!

العرف والتخصيص : إذا لم يكن التعارض بين العرف والنص كلياً فإن العرف يخصص النص كما ذهب إليه البعض .

ومن ذلك ماقرروه في مسألة تعدد أصناف النوع الواحـد من النقود ، وكان أحدها أثقل من الآخر .فهذا التفاوت في الوزن لا اعتبار له مادامت القيمة واحدة ، وعلل ابن عابدين في رسالته (١) نشر العرف هذا : بأن النـاس لاينظرون إلى هـذا التفاوت في الوزن مالم تختلف به القيمة ، وقد ركز هـذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل ، فيتعين الإفتاء به تخريجاً على رأى أبي يوسف في النص المعلل بالعرف .

توضيح ذلك : أن الحديث ورد باشتراط التساوى فى الوزن ، وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والشعير بالشعير والبر بالبر والملح بالملح مثـلا بمثل يداً بيد والفضل ربا » ؛ وفى بعض الروايات « وزناً بوزن كيلا بكيل والفضل ربا » والنقود من الموزونات .فكان مقتضى الحديث ألا يصح التبادل فيها إلا إذ تساوت أوزانها ولـكنهم أجازوا ذلك لجريان العرف مادامت القيمة متحدة .

وعلى هذا يجوز تبادل النقود الفضية فى مصر قديمها وجديدها من غير اعتبار لفرق الوزن .

ومن الفقهاء من يجعل من هـذا النوع « وهو تخصيص النص بالعرف »

---

(١) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١١٩ .

ماأفتى به محمد بن الحسن (١) من تجويز اقتراض الخبز عدداً بين الجيران لجريان العرف بذلك تبعاً لحاجتهم متجاوزين عن فرق الوزن، واعتبار العدد . أفتى بذلك مع أن الخبز من الموزونات، وهو مال ربوى، والنص أوجب التساوى عند المبادلة فيه، وعللوا ذلك : بأن علة تحريم الربا هى قصد الاسترباح .

وهذا التقرير لايخلو من مناقشة، لأن النص جاء فى أشياء ستة ليس الخبز منها، وإنما الخبز يدخل فى الربويات بالقياس لتحقيق العلة فيه، وهى اتحاذ القدر والجنس كما يقول الحنفية، أو الطعم كما يقول المالكية، فيكون العرف على هذا مخصصاً لعموم القياس » .

وأما العرف الذى يتعارض مع الأحكام الثابتة بالإجتهاد - سواء كان من الأئمة، أو من أتباعهم تخريجاً على قواعدهم - فإنه يقدم عليها، وتترك هذه الاجتهادات إذا وجد عرف يخالفها، لأن العرف دليل الحاجة، ولأنه كما يقول ابن الهمام : « إنه بمنزلة الاجماع شرعاً عند عدم النص »، ولأنه لايعارضه نص خاص ولا عام مباشرة فيترك به القياس .

من ذلك أن أبا حنيفة كان لايجوز بيع النحل ودود القز، لأنهما ليسا من الأموال فى نظره قياساً على هوام الأرض، كالضفدع، فجاء تلميذه محمد ابن الحسن، وأفتى بجواز بيعها لجريان التعامل به .

---

(١) وفى فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩، أن أبا حنيفة منع استقراض الخبز وزناً وعدداً، وقال : لاخير فيه لتفاوته فى المعدن والمقدار والصنعة فى طحنه وعجنه وخبزه قياساً على السلم فيه . لأنه ممنوع بدلالة حديث « من أسلف » وقال أبو يوسف : لايجوز إلا بالوزن لتفاوت آحاده قياساً على السلم فى سائر المتفاوتات التى تضبط بالوزن . وترك محمد هذين القياسين للتعامل بين الجيران بذلك وإهدارهم هذا التفاوت » .

والفقهاء المتأخرون غيروا كثيراً من الأحكام التى نقلت عن أئمتهم لما جدت الحاجة إلى التغيير، وعللوا ذلك بفساد الزمان، وأصل ذلك مانقل عن الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون من هذا النوع.

وفى هذا يقول الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أقضية بقدر ماأحدثوا من الفجور».

ولقد نقل تقرير هذا المبدأ فى صراحة تامة عن كثير من العلماء.

فابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين (١) فى بحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد يقول:

وهذا فصل عظيم النفع جدا وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالاسبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التى فى أعلى رتب المصالح لاتأتى به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد، وهى عدل كلها ورحمة كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله فى أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسله. الخ..

ويقول القرافى المالكى فى فروقه (٢) فى الفرق بين قاعدة العرف القولى

---

(١) ج ٣ ص ٣٧.

(٢) ج ١ ص ١٧٦، فى الفرق ٢٨، وفى كتاب الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الاحكام ص ٦٨ يقرر مايقرب من هذا فيقول: إن تغيير الأحكام المبنيه على العرف لاتحتاج إلى اجتهاد مستأنف، لأنها قاعدة تقررت وانتهت فلا تحتاج إلى اجتهاد جديد

والعرف العملى » فى صدد اعتبار العرف و تغيره « فمهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لاتجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » ا هـ .

ويقول صاحب تهذيب الفروق(١) فى هذا الموضع ، وإذا كان الشىء عيباً فى الثياب فى عادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به ، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لاخلاف فيه بينهم ، نعم قد يقع الخلاف بينهم فى تحقيقه هل وجد أم لا » ا هـ .

وابن عابدين الحنفى فى رسالته نشر العرف(١) يقول : « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه » » .

* * *

(١) ج ١ ص ١٩١ .

(٢) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١٢٥ .

وبعد : فتلك مصادر الفقه الإسلامى ، وفيها نصوص واجبة الاتباع وقواعد صالحة للتطبيق ، فإذا لم يوجد نص تشريعى فاجتهاد بطريق القياس والإلحاق ، فما أشبه المنصوص عليه ثبت له حكمه مالم يكن فى هذا الإلحاق حرج أو مشقة ، فإن وجد شىء من ذلك عدل عنه إلى طريق الاستحسان ، أو الاستصلاح ، أو العرف القائم فى المسألة .

إن فقها يستمد حياته من هذه الينابيع المتدفقة لن يقف فى يوم من الأيام عن مسايرة الزمن ، ولن يتخلف عن ركب الحضارة ما دام القائمون عليه يسيرون به فى طريقه المستقيم طريق الاجتهاد المشروع الذى خطا به الفقه فى أيامه الأولى خطوات سريعة حتى سبق الزمن الذى عاش فيه .

موازنة بين الفقه الاسلامى والقوانين الوضعية

فى ضوء ماقدمناه من بناء التشريع الإسلامى على أسس قويمة تسوى بين الناس جميعاً ، وتقيم العدالة بينهم ، وتحقق لهم المصالح ، وتمنع عنهم المضار من غير عنت ولامشقة ، وعلى هدى الطريقة القويمة التى سار عليها سلف الأمة الصالح من الصحابة والتابعين ، ومن جاء بعدهم من الأئمة فى استنباط أحكام ما وقع لهم من أحداث جديدة ، ومن تفصيل طرائق الأئمة أصحاب المذاهب فى تكوين مذاهبهم ، وبيان المصادر التى ينبع منها هذا الفقه الخالد نستطيع أن نوازن بسهولة بين فقه الإسلام والقوانين الوضعية ، ولو تتبعنا ما بينهما من فروق لنحصى لك ما فى أولهما من مزايا عديدة جعلته يحتل مكان الصدارة فى عالم القوانين لطال بنا الكلام ، ولكننا نكتفى منها بقدر مايدعو إليه الحاجة فى مثل هذا الكتاب ، فنقصرها على بعض النواحى من

النشأة ، والغاية ، والمصدر ، وبما يتبع ذلك من اعتبار عنصرى الدين والأخلاق ، وعدم اعتبارهما ، وتنوع الجزاء فيهما .

أما النشأة : فمن راجع تاريخ القوانين الوضعيه وجدها فى أصل نشأتها ولدت ناقصة فى قواعدها ومبادئها عما هى عليه الآن . ذلك أنها جاءت وليدة الحاجة إليها — حين بدأت لتعالج أمراض مجتمع بدائى ، أو لتحد من ظلم الطبقات فيه ، وضعها قوم عاشوا فى هذا المجتمع ، وتأثروا به ، فكانت صورة لما وصل إليه مجتمعهم من حضارة ورقى تمثل عاداته وتقاليده حينذاك . ثم أخذت تنمو مع الزمن ، وتتغير كلما تغيرت الحاجة ، فهى دائمة التغير والتبدل ما تغيرت العادات وتبدلت .

فهذا القانون الرومانى الذى عده المؤرخون الغربيون مفخرة القوانين عندهم يصور لنا ذلك التبدل أبلغ تصوير ، فقد ولد مع مولد مدينة روما سنة ٧٥٤ قبل الميلاد ، ولكن قواعده لم تتم إلا فى عصر القيصر جوستنيان فى سنة ٥٣٣ بعد الميلاد ، وقد بلغ فى عمر الزمان قرابة ثلاثة عشر قرنا ، ومع هذا العمر الطويل الملىء بالتعديل والتحسين فى ظل رعاية الحكام من القياصرة لم يعد صالحاً للتطبيق فى هذا الزمن ، بل ولا فيما سبقه من الأزمان (١) .

---

(١) قال الأستاذ زكى عريبى المحامى حينما أعلن اسلامه فى جمعية الشبان المسلمين : إن ما بهره من الاسلام هو أنه وجد القانون الرومانى الذى استغرق وضعه أكثر من ألف عام يتضاءل إلى جوار الفقه الاسلامى الذى تكاملت أوضاعه فى مائة عام ، ثم صار أمثل وأجمل قانون جاءت به شريعة ، فكيف نترك هذه الجواهر وهذا التراث الضخم ثم نلتمس بضاعة من غيرنا وهى بضاعة مزجاة ؟!.

على أن تلك القوانين تختلف باختلاف البيئات ، فكل دولة تضع لنفسها القانون الملائم لها الذى لايصلح لغيرها إلا إذا اتحدت أو تقاربت معها فى تقاليدها وعاداتها ، ولا أدل على ذلك من قانوننا الوضعى الذى أخذناه أول الأمر من القانون الفرنسى فلم يلبث أن تبين لرجاله حين تطبيقه أنه لايصلح للتطبيق فى كثير من أحكامه ، فارتفعت الأصوات بالشكوى مطالبة بتعديله أو تغييره ، ومع كثرة ما لحقه من التعديل فلا تزال سحنته الفرنسية تطل على مجتمعنا الشرقى من نوافذ كثيرة هى أجنبية عنه مما جعل المنصفين من رجاله يطالبون بتغييره بما يتفق وما لنا من تقاليد .

وإذا لاحظنا أن التغيير والتبديل فى تلك القوانين كانا فى ذات قواعدها ونظرياتها أدركنا ما فى التشريع الإسلامى من كمال وتمام من أول أمره ، فقد تمت قواعده ، وكملت مبادئه فى فترة وجيزة لم تزد فى حساب الزمن على عشر سنوات إلا قليلا ، وهى فترة التشريع المدنى على التحقيق ، ولم يعد وراء هذا الكمال غاية لرجاله إلا تطبيق قواعده حسبما تقتضيه مصالح الناس على اختلاف بيئاتهم وأزمانهم دون أن تمتد أيديهم إلى تبديل قاعدة من قواعده ، وما لحقه من تغيير بالنسخ أيام الرسالة كان فى بعض أحكامه الجزئية ، وما يخال منه بعدها كان فى التطبيق لا فى أصل القواعد ،

والفقهاء المسلمون على كثرتهم واختلافهم فى اجتهاداتهم لم يختلفوا إلا فى التفريع — كما بينا ذلك من قبل — ولم يحدثنا التاريخ فى أى عصر من عصور الإسلام بأن فقيها واحداً أبدل قاعدة بأخرى ، أو اكتشف نقصاً فحاول إكماله ، نظير ما يحدث فى القوانين الوضعيه من تبديل فى قواعدها ، وإحداث نظريات جديدة لتسد مابها من نقص ، أو تعالج ما ظهر فيها من خلل ، وما حديث نظريات التعسف فى استعمال الحق ، والظروف الطارئة ، والظروف

الاستثنائية وغيرها من النظريات المستحدثة فى تلك القوانين بسر . كما لم يعد سراً أن رجال القانون لم يظفروا بها إلا بعدجهاد شاق طويل ، وأنهم فرحوا بها لاعتقادهم أنها فتح جديد ، وهى فى فقه الاسلام قديمة وجدت معه منذ نشأته الأولى .

ومرد هذا الفرق إلى أن نصوص الشريعة الاسلامية جاءت عامة أومطلقة فيها من المرونة مايجعلها قابلة للتطبيق على جميع الأحوال، ونظرياتها العامة وافية كاملة لم تترك شيئاً من أحوال الإنسان — أفراداً وجماعات — إلا وعرضت له بالبيان مصداقاً لقوله تعالى « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شىء » ، وقوله « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

وإليك بعض هذه النصوص العامة على سبيل التمثيل لا الحصر — فى كتاب الله وسنة رسوله .

يقول الله تعالى : ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم مايريد » (١)

« إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (٢) « ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى » (٣) « ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٤) « ولاتقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » (٥) ، « ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » (٦) ، « وأشهدوا ذوى عدل منكم » (٧) « وأمرهم شورى بينهم » (٨) « وشاورهم فى الأمر » (٩) ، « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » (١٠) ، « فمن اضطر غير

---

(١) المائدة : ١ (٢) النساء : ٥٨ (٣) المائدة : ٨ (٤) النساء : ٢٩ (٥) الاسراء : ٣٤
(٦) البقرة : ٢٨٣ (٧) الطلاق : ٢ (٨) الشورى : ٣٨ (٩) آل عمران : ١٥٩ (١٠) البقرة : ٢٨٠

باغ ولا عاد فلا إثم عليه »(١) « فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول»(٢) « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » (٣) .

ويقول رسول الله : (لاضرر ولا ضرار فى الإسلام» ، « المسلمون عند شروطهم » ، « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » ، «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » ، « وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ، « لاوصية لوارث » ، « القاتل لايرث » ، «الزعيم غارم » ، « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

أما الغاية : فمن المسلم به أن لكل قانون غاية يهدف إليها واضعه ، تتميز هذه الغاية ، وتتنوع حسب تنوع القوانين ، وما يملكه الواضع من شئون الناس، فالقوانين الوضعية يقصد بها تنظيم المجتمع لتستقر الحياة فيه ، فتبين حقوق الأفراد وما عليهم من واجبات .

جاء فى كتاب أصول القوانين « مهمة القانون هى فى الواقع بيان الحقوق ، حقوق الفرد قبل غيره ، أو قبل الدولة ، أو حقوق الدولة قبله ، ومن ذلك ندرك الصله بين القانون والحق ، فالحق لايوجد بدون القانون ، كما أن القانون لم يوجد إلا لينظم العلاقات » .

وهذه — كما ترى — غاية نفعية محضة قاصرة على تنظيم الظواهر فقط التى لايملك واضعوا تلك القوانين غيرها ، تنظيم على أى لون من الألوان ، وافق الأخلاق أو خالفها، بل أكثر من ذلك فقد وجدناها تبيح وتنظم بعض ما يحرمه الدين ، وتنفر منه الأخلاق كالزنى والربا وغيرها .

ولقد كانت القوانين فى أول أمرها تعنى بحقوق الفرد وحده ، فأثبتت له حقوقا أوجبت المحافظة عليها ، وأطلقت له الحرية فى استعمالها من غير مراعاة لما قد

---

(١) البقرة : ١٧٣ (٢) المائدة : ٥٩ (٣) المائدة : ٢

يصيب الآخرين من أضرار ، وسميت هذه الحقوق حينذاك بالحقوق الطبيعية للافراد ، ومن هنا نشأ المذهب الفردى فى الحقوق الذى يقرر للفرد حقوقا باعتباره هدفا فى ذاته يولد وله حقوق طبيعيه لاصقة به ، وقد عبرت وثيقة إعلان حقوق الإنسان عن هذا المذهب بقولها إن « هدف كل مجتمع سياسى هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة » .

ولما أساء الأفراد استعمال حقوقهم فألحقوا الأضرار بالآخرين قيدوهم شيئاً فشيئاً حتى نشأ المذهب الاجتماعى الذى ينظر للجماعة على أنها هدف ، فيعطى للافراد حقوقا بمقدار مايصلح الجماعة ، وظهرت نظرية التعسف فى استعمال الحقوق .

أما التشريع الإسلامى فهو وإن اتفق مع تلك القوانين فى أصل الغاية ، وهى تنظيم العلاقات إلا أنه يختلف عنها فيما يلى :

أولا : إن تنظيمه أعم وأشمل ، فهو فوق تنظيمه للعلاقات بين الأفراد والجماعات والدول ينظم علاقة أخرى لم تعرض لها القوانين الوضعية ، علاقة الإنسان بخالقه بتشريع أنواع العبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج وغيرها ولا يخفى مالهذه التشريعات من أثر بين فى تهذيب النفوس وصقلها ، وتعويدها على الطاعة والامتثال وإشعارها بالمساواة مما يزيد روابط المجتمع قوة ، ويقيمها على دعائم قوية .

ثانيا : إن تنظيمه لعلاقات الناس بعضهم ببعض أتم وأحكم من تنظيم القانون فهو لايعترف بالحقوق الفردية الطبيعية ، ولكنه قرر حقوقا للافراد باعتبارهم أعضاء فى الجماعة الانسانية ، فقيد تلك الحقوق من أول الأمر بعدم الاضرار بالآخرين ، وفى هذا يقول رسول الله « لاضرر ولا ضرار فى الاسلام » وأنت إذا تتبعت تشريعات الإسلام وجدت الشارع فى كل موضع يجعل للفرد حقاً فيه يرسم له طريقة استيفائه ، والتمتع به حتى لايلحق الضرر بغيره .

فقد جعل لكل من الزوجين حقوقا قبل الآخر متقابلة ، لكنه ميز الرجل بحق القوامة « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا » [1] .

ولما جعل الطلاق بيد الرجل أرشده إلى طريقة إيقاعه لئلا يضر بالطرف الآخر « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»[2]، وفى آية بعدها يقول « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

ولما أساء رجل استعمال حقه فى الطلاق وطلق امرأته ثلاثا دفعة واحدة غضب رسول الله، وقال: « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم »، ومع ذلك فقد أوصى الأزواج بحسن معاشرة الزوجات فى غير آية «وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيرا»[2] والرسول يكرر وصيته بالنساء طول حياته ، بل لم ينسهن وهو فى فراش الموت ، فقد روى أن آخر ما أوصى به النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث كان يتكلم بهن حتى لجلج لسانه . وخفى كلامه : الصلاة الصلاة ، وما ملكت أيمانكم لا تكلفوهم مالا يطيقون، الله الله فى النساء فإنهن عوان فى أيديكم أخذتموهن بأمانة الله . . الحديث ، عوان ، أسراء .

ولقد أباح التجارة وجعلها طريقا من طرق كسب المال ، ثم رسم لها طريقة مستقيمة لا يلحق الناس منها ضرر أو أذى ، فمنع الغش ونفر منه ، « من غشنا فليس منا »، قالها رسول الله حينما دخل السوق ووضع يده فيما يبيعه أحد التجار من الطعام فوجد به بللا .

---

(1) النساء — ٣٤ ، ٣٥ (٢) البقرة — ٢٢٩ النساء — ١٩

ونهى عن التغرير وتوعد عليه بعقاب قاس شديد ، فالبخارى يحدثنا عن عبد الله بن أبى أوفى : أن رجلا أقام سلعة له فى السوق فحلف بالله لقد أعطى بها مالم يعطه ليوقع فيها رجلا من المسلمين ، فنزل قوله تعالى « إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا أولئك لاخلاق لهم فى الآخرة ولايكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولايزكيهم ولهم عذاب أليم » (١) .

وحرم الربا وحذر منه ، بل وأعلن الحرب على المرابين ، فيقول جل شأنه « ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون » (٢) ، حرمه مع مافيه من نفع لصاحب المال حماية للمجتمع من جشع هؤلاء ، ورحمة بالمحتاجين الذين يضطرون إلى مد أيديهم طلباً للقرض من أولئك المرابين .

وهذه نزعة جماعية تحمى الجماعة من طغيان الأفراد ، وتسلط أصحاب الحقوق ، بل هى الاشتراكية المنظمة التى لانظير لها فى النظم الوضعية ، وكيف لاتكون اشتراكية ، والقرآن نفسه يرد المال الذى بأيدى أصحابه إلى مالكه الحقيقى إلى الله سبحانه ، ويجعل الناس خلفاء عنه فيه ، ثم يأمرهم بالإنفاق على ذوى الحاجات دون منّ أو تعال، فيقول جل شأنه : « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم (٣) » ، وفى آية أخرى يقول : « آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبير (٤) » ، وفى ثالثة يقول « والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق فما الذين فضلوا برادى رزقهم على ماملكت أيمانهم فهم فيه سواء أفبنعمة الله يجحدون (٥) » .

---

(١) آل عمران — ٧٧ . (٢) البقرة — ٢٧٨ ، ٢٧٩ . (٣) النور — ٣٣ .
(٤) الحديد — ٧ . (٥) النحل — ٧١ .

وهو الذى جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم إن ربك سريع الحساب وإنه لغفور رحيم »[1] .

وتطبيقاً لمبدأ الاشتراكية فرض الإسلام الزكاة على الأغنياء فى أموالهم ، وجعلها حقاً للمحتاجين . سداً لحاجتهم ، وتطهيراً لقلوبهم من عوامل الحقد والحسد ، فتنقطع بذلك أسباب الاعتداء والاضطراب ، ليستقر الأمن ويسود المجتمع السلام .

والتاريخ يحدثنا بأن المسلمين فى صدر الاسلام لما أدوا ماعليهم من الزكاة وصرفها ولاة الأمر لأصحابها جاء وقت لم يجدوا فيه محتاجاً يدفعونها إليه .

وبالجملة فقد قصد الإسلام بتشريعه تحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم ، وكانت تشريعاته كلها مبنية على أن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد إذا ما تعارضت المصلحتان ، وأن دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص .

ومن هنا نهى عن احتكار الطعام ، وأمر ببيعه للناس وقت الحاجة وإن لم يرض صاحبه ، ونهى عن تلقى السلع واحتكار بيعها لما فى هذا وذاك من إثراء أفراد من الناس على حساب الإضرار بالآخرين .

وتلك غاية لاتقف عند تنظيم الروابط بين الناس ، بل تتخطاها إلى إسعادهم جميعا .

على أن التشريع الإسلامى لم يقتصر على هذا التنظيم الجماعى الظاهر ، بل تجاوزه إلى ماهو أعمق أثراً ، فقصد إلى تنظيم الباطن أيضاً ، فرتب على العمل الظاهر نتائجه ، وعلى النوايا والبواطن نتائج أخرى إذا خالف الظاهر الباطن .

---

(١) الانعام — ١٦٥ .

فقد يكون العمل فى ظاهره صحيحاً ، ولكنه قصد به غير ما أراده الشارع منه ، فيكون لنا الحكم بالظاهر . ويبقى الباطن مفوضاً إلى الله العليم بخفايا القلوب يتولى حسابه .

ولا أدل على ذلك من قول رسول الله — حينما جاءه رجلان يختصمان فى مواريث بينهما ولم يكن لهما بينة إلا دعواهما — : «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه بشىء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار»(١) وقوله «أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر» .

أما المصدر : فقد عرفنا مما سبق أن الفقه الإسلامى فى أصله يستند إلى الوحى الإلهى ، فهو الذى وضع قواعده ، ونظم مبادئه فى فترة الرسالة ، وأن المجتهدين بعد عصر الرسول على اختلاف طرقهم جعلوا القرآن والسنة أساساً لاجتهادهم فكان لهما الصدارة ، فإذا لم يجد المجتهد الحكم فيهما أعمل رأيه فى حدود القواعد العامة ، والمبادىء الكلية التى جاء بها الوحى ، لأنه حين اجتهاده يبحث عن حكم الله فى المسألة ، فيكون مقيداً بالأصول التى وضعها ، يستلهم منها ومن روح تشريعه ، فإذا خرج عن تلك الدائرة رد عليه اجتهاده .

أما القوانين الوضعية فإنها لا تستند إلى الوحى ، ولكنها فى الغالب تستند إلى أعراف الناس وتجاربهم يختار منها واضعوها ما يصلح فى نظرهم لسياسة أمورهم بعد تهذيبها .

ومن هنا ثبت للفقه الإسلامى صفته الدينية بينما تجردت منها القوانين الوضعية . الأمر الذى جعلهما يفترقان فى أمور . منها :

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٦٦ .

أولا : فى الجزاء

فالقوانين كلها سماوية أو وضعية متفقة على فرض عقوبة رادعة على المخالفين حتى يكون للقانون هيبة فى نفوس المتمردين عليه ، ولكنهما يفترقان فى أن الجزاء فى القوانين الوضعية دنيوى دائماً ، لأنها وضعت لحفظ النظام فى الدنيا، وواضعوها لايملكون من أمر الآخرة شيئاً .

وأما الشريعة الإسلامية فالجزاء فيها أخروى ودنيوى ، بل الأصل فيها هو الجزاء الأخروى ، والجزاء الدنيوى وضع موضع الضرورة لمن لم يؤمن بالآخرة وما فيها من ثواب وعقاب ، فيتعدى حدود الله .

أما أنه شرع فيها عقاب دنيوى وآخر أخروى ، فلأن التكاليف الشرعية منها ماهو من أعمال القلوب التى لايعلم المخالفة فيها إلا الله ، ومنها ماهو من أعمال الجوارح التى يطلع الخلق على المخالفة فيها ، فالعقوبات الدنيوية جاءت على المخالفة فى أعمال الجوارح ، ووكل إلى أولى الأمر تنفيذها ، والعقوبات الأخروية جاءت على المخالفة فى أعمال القلوب التى لايطلع عليها إلا علام الغيوب يتولى هو سبحانه إقامتها على المخالفين فى دار الجزاء ، كما جاءت على المخالفة فى أعمال الجوارح زيادة على العقاب الدنيوى ، أو لمن لم يعاقب فى الدنيا ، وبقى على إصراره .

وأكثر من ذلك إنها جاءت بنوع آخر من الجزاء وهو الإثابة على امتثال الأوامر والكف عن المنهيات، فهى تحاسب على الامتثال كما تحاسب على المخالفة .

ولهذا جاء فيها وعد بالنعيم على الطاعة، ووعيد بالعقاب على المخالفة، وارتكاب المحظورات يقول سبحانه : «إنه من يأت ربه مجرما فان له جهنم لايموت فيها ولا يحيى . ومن يأته مؤمنا قد عمل الصالحات فأولئك لهم الدرجات العلى جنات عدن

تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك جزاء من تزكى » (١) وقدرت الأجزية الدنيوية لبعض الجرائم فيما سمى بالحدود ، وأوجبت العقاب فى البعض الآخر، وتركت التحديد فيها لولاة الأمور ، وهو المسمى بالتعزيرات ومن يستعرض النصوص يجد كثيراً منها قرن بالعقاب الدنيوى وعيداً بالعقاب الأخروى .

وإليك بعض آيات القرآن .

قال تعالى فى شأن القصاص: « ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون »(٢)

وقال بعد بيان أحكام المواريث « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين » (٣) .

ويقول فى شأن جزاء القتل الأخروى : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما » (٤) .

وفى شأن قطاع الطريق يقول : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » (٥) .

---

(١) طه — ٧٤—٧٦ (٢) البقرة — ١٧٨

(٣) النساء — ١٣ ، ١٤ (٤) النساء : ٩٣ (٥) المائدة : ٣٣

ثانيا : فى التأثر بعنصرى الدين والأخلاق : فالقوانين الوضعية ليس لها صفة دينية ، فلا أثر للدين فيها ، وحظ الأخلاق فيها ضعيف ، لأنها تقوم على مجرد التنظيم الظاهرى الذى لا يحسب للخلق حسابا ، ومن ثم كانت بعيدة عن فكرة الحلال والحرام المبنية على بواطن الأمور .

وأما الفقه الإسلامى فإن عنصر الدين هو الأساس فى قسم العبادات، وعنصر هام فى قسم العادات ، ولذلك نراه فى هذا النوع يعطى الأفعال أحكامها من الحل والحرمة ، حتى أن القرآن الكريم يعبر – غالباً – عن المشروعية بالحل ، وعن عدم المشروعية بالحرمة أو عدم الحل « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، « يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » ، « وأحل لكم ماوراء ذلكم»، «لايحل لكم أن ترثوا النساء كرها » ، « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » ، « لايحل لك النساء من بعد »، « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم »، « إنما حرم عليكم الميتة » ، « لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن » ، « ياأيها الذين آمنوا لاتحرموا طيبات ماأحل الله لكم » :

ومثله فى ذلك السنة « كل المسلم على المسلم حرام » ، « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » .

وتعابير الفقهاء فى ذلك كثيرة منوعة ، فهذا تصرف حرام ، وذاك حلال، يحرم بيع الذهب بمثله متفاضلا ، ويحل إذا كانا متساويين ، لايحل بيع الميتة ولا تناولها ، ويحرم شرب الخمر والتجارة فيها ، والقضاء بشهادة الزور لايحل الحرام .

ومرد ذلك إلى أن الشارع لاينظر إلى ظواهر الأمور وصور الأفعال ، بل ينظر إلى بواطنها وحقائقها فى واقع الأمر ، فالشىء لايكون حلالا إلا إذا كان حقا فى حقيقته ، واتفق ظاهره مع باطنه ، أما إذا اختلف الظاهر عن

الباطن بأن كان حقاً فى ظاهره ، وباطنه على العكس من ذلك ، فإنه لا يكون حلالا ، فالحكم الدينى للأفعال يتبع حقائقها .

ولما كانت بواطن الأمور خفية علينا لا نستطيع الوقوف عليها لم يكلفنا الشارع فى حكمنا على الأشياء إلا بما هو فى استطاعتنا من النظر إلى ظواهرها فقط « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

ومن هنا جاء الاختلاف بين حكم القضاء والديانة ، فالشىء الواحد له عند الفقهاء حكمان ، حكم لظاهره وصورته ، ويسمى الحكم قضاء ، وآخر لباطنه وحقيقة أمره ، ويسمى الحكم ديانة ، وقد يتفقان ، وقد يختلفان ، فإذا ادعى شخص على آخر بدين وشهد له شاهدان بذلك ، وجب على القاضى أن يحكم لصاحب الدعوى متى استوفيت صورتها المطلوبة ، فإن كان المدعى محقا فى دعواه ثبت الحق ظاهراً وباطنا ، واتفق حكم القضاء مع الديانة ، وحل للمدعى أخذ هذا المال والانتفاع به ، وإن كان كاذباً فيها ثبت له الحق ظاهراً بحكم القاضى ، وحرم عليه أخذ ذلك المال والانتفاع به ، لأنه حرام فى أصله ، وقضاء القاضى لا يحل الحرام ، ولا يحرم الحلال ، ولا أدل على ذلك من قول رسول الله للمتخاصمين : « إنكم تختصمون إلى وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتى بها اسطاما فى عنقه يوم القيامة » (1) .

---

(1) ألحن بحجته : أفصح وأبلغ فى بيانها من خصمه وهو كاذب ، فمن قضيت له الخ ، فمن حكمت له بحق أخيه وهو يعلم ذلك فانما أحكم له بما هو حرام عليه ، ويفضى به إلى النار ، والإسطام هو المسمار الذى يحرك به النار ، وهذا التصوير لتحذير الناس من الدعاوى الكاذبة :

ومن أجل هذا كانت مهمة القضاة شاقة ، لأن الوصول إلى الحق بين التواء المتقاضين عسير ، فيتوقف الأمر — إلى حد بعيد — على ذكاء القاضى وحسن تصرفه ، والتاريخ يحدثنا الحديث الصادق عما كان يفعله قضاة الإسلام من التحايل على إظهار الحق لتبرأ ذمتهم أمام الله (١).

وكذلك وجدنا فقه الإسلام يسير مع قانون الأخلاق فى طريق واحد لا يفترقان وإنك لتلمس أثر الأخلاق واضحاً فى كثير من تشريعاته ، فتحريم الربا مثلا يقصد به تطهير النفوس من الأنانية والجشع ، وبث روح التعاون بين الناس ، وحماية المجتمع من المشاحنات والمنازعات التى تقوم بسبب تحكم أصحاب الأموال فى المحتاجين ، ولا يخفى ما فى تحريم الميسر والخمر والزنى والقذف من السمو بالنفس عن أخذ مال الغير بغير وجه حق ، أو إيذائه فى نفسه أو عرضه ، أو تناول ما يضرها .

ثالثا فى الخضوع للتشريع والامتثال له : فهو للإسلامى رغبة واختيار وللوضعى قهر وإجبار .

وهذا الفرق كالنتيجة للفرقين السابقين ، فإن العقاب الأخروى المقرر فى الإسلام لعصاة التشريع والمخالفين ، مع ما تقرر بجانبه من ثواب الطائعين الممتثلين ، وما فيه من عنصر الدين الموقظ للضمير ، والأخلاق الداعية إلى الاستقامة . كل أولئك يهيء النفوس للخضوع له عن رضا ورغبة ، لأن الإيمان بالله المطلع على سرائر النفوس ونواياها الذى لا تخفى عليه خافية فى

---

(١) راجع قصة أبى يوسف مع الخليفة الهادى لما وجد الحق فى ظاهره معه ، وفى الباطن مع خصمه فى ص ١٣٨ من هذا الكتاب..

الأرض ولا فى السماء يجعل الإنسان دائماً على حذر من المخالفة (١) ، فإذا ماوقع فيها لم يحاول الإفلات من جزائها ، وهـذا سر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن ، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن » .

كما أن عنصر الثقة بالشـارع ، وأنه لا يشرع إلا مافيه مصلحة المـكلفين لعلمه بأحوالهم ، حاضرها ومستقبلها ، ظاهرها وباطنها ، تحمل المـكلفين على تقبل ذلك التشريع والعمل به بنفس راضية مطمئنة .

وأما القوانين الوضعية فلا أثر فيها لدين ولا خلق ، وأن واضعيها لا يعرفون من مصالح الناس إلا ظاهرها ، وقد تشتبه عليهم ، أو يتدخل فيها عنصر الهوى ، فتنعدم الثقة بينهم وبين المـكلفين ، فلم يبق حافز للعمل بهـا إلا خوف العقاب وبطش السلطان المنفذ له ، فخوف العقاب هو المانع من المخالفة ، بل من إعلان المخالفة على التحقيق ، فمتى سنحت للمرء فرصة الإفلات من العقوبة ارتـكب ما ارتـكب إشباعا لشهواته ، وتحقيقا لرغباته ، فامتثالها إذاً يكون تحت تأثير قوة السلطان ، وقهر الحاكم غالباً .

ويؤكد ذلك الفرق ويوضحه ماروى من وقائع عديدة تنادى بأن عنصر الدين أكسب هـذا الفقه هيبة واحتراماً دونها بكثير هيبة الجزاء المقدر فى القوانين الوضعية حتى كان المسلمون الأولون يؤثرون رضا الله على كل ماعداه

---

(١) اقرأ إن شئت قوله تعالى فى سورة المجادلة « ألم تر أن الله يعلم مافى السموات ومافى الأرض مايكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم ولا خمسة إلا هو سادسهم ولا أدنى من ذلك ولا أكثر إلا هو معهم أينما كانوا ثم ينبئهم بما عملوا يوم القيامة إن الله بكل شىء عليم » .

فيعترف الواحد منهم اعترافا صريحاً بما وقع منه ، وهو يعلم أن عقاباً دنيويا مؤلما ينتظره من وراء هذا الاعتراف .

فهذا ماعز (١) يجيء طائعاً لرسول الله ، ويعترف اعترافاً صريحاً بجريمة الزنى ، وهو موقن بأن وراء ذلك الرجم بالحجارة حتى الموت ، يعترف ويصمم - رغم محاولة الرسول صرفه عن اعترافه لاحتمال خطئه - مؤثراً عذاب الدنيا على عذاب الاخرة ، وماذاك إلا من أثر الدين فى نفسه .

ومثله فى ذلك المرأة الغامدية التى فعلت مثل فعلته وجاءت تائبة معترفة بما جنته ، ويقول رسول الله فى شأنها : « إنها تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم » قالها رداً على من قال بعد إقامة الحد عليها : أخزاك الله ، أو من قال للرسول كيف تصلى عليها وهى زانية ؟ ! .

وفى قصة الرجلين المختصمين فى الميراث - السابقة - شاهد على ذلك ، فانه ورد فى آخر الحديث أن الرجلين لما سمعا كلام الرسول بكيا ، وقال كل واحد منهما حقى لأخى (٢) قالا هذا بعد أن تنبه الوازع الدينى عندهما وتذكرا الاخرة ، ومافيها من ثواب وعقاب .

---

(١) صحابى اسمه ماعز بن مالك ، والأحاديث فى قصته كثيرة ، وفى بعضها أن رسول الله أعرض عنه حتى أقر أربع مرات ، ثم قال له لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ، قال لا يارسول الله ، ثم اعترف بصراحة ، فقال له الرسول فما تريد بهذا القول؟ قال أريد أن تطهرنى ، فأمر به فرجم » راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٨٣ ومابعدها .

(٢) وبقية الحديث أن رسول الله قال لهما بعد هذا البكاء وتنازل كل منهما عن حقه لصاحبه « أما إذا فقوما فاقتسما ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » الطرق الحكمية ص ٢٦٦ ، وتفسير القرطبى ج ٢ ص ٣١٧

وبعد : فهذه بعض وجوه الموازنة بين التشريع الإسلامى وبين القوانين الوضعية، وهى تقودنا - إذا لم نتعصب - إلى الاعتراف بأن شريعة الإسلام لا يعدلها قانون آخر ، وأن العمل بها والسير على نهجها خير ضمان لاستقرار الأمن ، وبث روح الطمأنينة فى مجتمعنا الذى فشلت القوانين الوضعية المستوردة من الغرب فى تنظيمه ، ولن يصلح آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أولها .

ولا يفوتنى هنا أن أقدم لك نماذج مما جاءت به تلك الشريعة من مبادىء سامية تقود الناس دائماً إلى الفلاح، وتقضى على عوامل الشر والفساد ، ومن هذه المبادىء .

مبدأ العقيدة الصحيحة : جاءت الشريعة الإسلامية بعقيدة التوحيد التى توجه الناس إلى إله واحد ، وقبلة واحدة ، فتتوحد الصفوف وتجتمع على كلمة واحدة : « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا ولا يتخذ بعضنا بعضاً أربابا من دون الله ، فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون » (١)

وبينت لهم أنهم راجعون إلى الله فيحاسبهم على ماقدمت أيديهم فى هذه الحياة . « أفحسبتم أنما خلقناكم عبثا وأنكم إلينا لا ترجعون »(٢)

« واتقوا يوما ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ماكسبت وهم لا يظلمون »(٣) ،« ونضع الموازين القسط ليوم القيامة فلا تظلم نفس شيئا وان كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين »(٤)

« الله لا إله إلا هو ليجمعنكم إلى يوم القيامة لا ريب فيه ومن أصدق من الله حديثا » (٥)

---

(١) آل عمران - ٦٤ (٢) المؤمنون - ١١٥ (٣) البقرة - ٢٨١
(٤) الأنبياء - ٤٧ (٥) النساء - ٨٧

٢ — مبدأ نفى الواسطة بين العباد وخالقهم : ليبطل ما استقر فى أذهان الناس من أن هناك وسطاء بين الإله وعباده ، فجعل الاتصال به مباشرا .

« وإذا سألك عبادى عنى فإنى قريب أجيب دعوة الداع إذا دعان (١)

« وقال ربكم ادعونى أستجب لكم » (٢)

« وهو الذى يقبل التوبة عن عباده ويعفوا عن السيئات ويعلم ماتفعلون »(٣)

ويتبع ذلك المبدأ مبدأ آخر وهو نفى تحمل شخص تبعة ما ارتكبه غيره مهما تعهد له بذلك، ومهما كانت منزلته

« ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون » (٤)

« من اهتدى فإنما يهتدى لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى »(٥)

« ولا تزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها لايحمل منه شىء ولو كان ذا قربى »(٦)

« كل نفس بما كسبت رهينة »(٧)

٣ ـ مبدأ الاعتدال فى كل شىء : أمرت بالاعتدال دون افراط أو تفريط

« وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا إنه لايحب المسرفين (٨)

« وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لايحب المسرفين »(٩)

---

(١) البقرة ـ ١٨٦ (٢) غافر ـ ٦٠

(٣) الشورى ـ ٢٥ (٤) الأنعام ـ ١٦٤ (٥) الاسراء ـ ١٥

(٦) فاطر ـ ١٨ (٧) المدثر ـ ٣٨ (٨) الانعام ـ ١٤١

(٩) الاعراف ـ ٣١

« ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا »(١) .

« وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به »(٢)

« ادعوا ربكم تضرعا وخفية إنه لا يحب المعتدين(٣)

٤ ـ **مبدأ التعاون** : وهو مبدأ أصيل فى الإسلام جاء بصيغة العموم الشامل « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »(٤)

فكلمة البر والتقوى شاملة لجميع وجوه الخير فى الدنيا والآخرة ، كما أن كلمة الإثم والعدوان شاملة لجميع أنواع الشر الدنيوى والأخروى ، فهذه الآية فتحت أبواب التعاون على الخير بأنواعه وأغلقت طرق التعاون على الشر كله بل ان التعاون فى الإسلام قد يتخطى مجرد المعونة الى مرتبة الإيثار على النفس « ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون »(٥)

ويتفرع من هذا المبدأ مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، فهو تعاون على جلب الخير ودفع الشر ، ولأهمية هذا النوع من التعاون جعل الله هذه الأمة من أجله خير أمة أخرجت للناس « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعرف وتنهون عن المنكر »(٦) وربط الفلاح به « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون »(٧)

٥ ـ **مبدأ العدالة والمساواة** : فان أحكامها بنيت على العدالة المطلقة والتسوية التامة بين الناس . لافرق بين الحاكم والمحكوم ، ولا بين القريب والغريب ،

---

(١) الاسراء ـ ٢٩ (٢) النحل ـ ١٢٦ (٣) الاعراف ـ ٥٥
(٤) المائدة ـ ٢ (٥) الحشر ـ ٩ (٦) آل عمران ـ ١١٠
(٧) آل عمران ـ ١٠٤

ولا بين الموالى والمخالف ، وقد سبق أن تكلمنا على ذلك عند الكلام على أسس التشريع ، ونزيد الأمر هنا توضيحاً فنقول .

إن الإسلام لا يعترف بامتياز أحد على أحد بالنسبة إلى خضوع الجميع للقانون « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم »(١)

والرسول يخاطب أهله فيقول : « يامعشر قريش إن الله قد أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتكثرها بآبائها ، النخوة : (الكبر والعظمة والافتخار) ، وقال: ليس منا من دعا الى عصبية » ، « ولا عصبية فى الإسلام » .

ويقول عمر بن الخطاب فى كتابه الى القائد سعد بن أبى وقاص : « إن الله ليس بينه وبين أحد نسبا إلا بطاعته والناس شريفهم ووضيعهم فى ذات الله سواء » .

ولما بلغه أن عمرو بن العاص والى مصر يتكىء فى مجلسه كتب إليه يقول « بلغنى أنك تتكىء فى مجلسك فاذا جلست فكن كسائر الناس »

وكان رأيه فى الحاكم أنه خادم للرعية فكثيرا ما كان يقول للناس « انى لم أبعث اليكم الولاة ليضربوا أبشاركم ويأخذوا أموالكم ولكن ليعلموكم ويخدموكم » (٢)

وقد روى أن يهودياً خاصم على بن أبى طالب إلى أمير المؤمنين عمر فنادى أمير المؤمنين عليا بقوله : « قف يا أبا الحسن » فبدا الغضب على على ، فقال له عمر « أكرهت أن نسوى بينك وبين خصمك فى مجلس القضاء ؟ » فقال على لا ، ولكنى كرهت منك أن عظمتنى فى الخطاب ، فناديتنى بكنيتى ولم تصنع مع خصمى ماصنعت معى .

---

(١) الحجرات ـ ١٣

(٢) الخراج لأبى يوسف ص١١٥

ومن تتبع تشريعات الإسلام وجد المساواة بأنواعها مبثوثة بين أحكامه ، فمن مساواة أمام القانون ، إلى مساواة فى التوظف والتكاليف العامة من الضرائب والجندية وغيرها .

٦ — مبدأ الشورى : فقد جعل الإسلام الشورى أساسا للحكم حيث أمر القرآن رسول الله بها مع نزول الوحى عليه « وشاورهم فى الأمر » (١) ، كما جعلها من صفات المؤمنين « وأمرهم شورى بينهم » (٢) ، وقد ضرب الخلفاء الراشدون أروع الأمثال فى استعمال الشورى ، وجعلوها قوام حكمهم فى القضاء وسياسة الدولة ، وكذا كل حاكم مسلم سار على مبادىء الإسلام من بعدهم .

جاء الإسلام بذلك فى الوقت الذى كان الحكام يستبدون بالحكم ، ويحكمون بهواهم ولا ناقد ينقدهم ، بل ولا مرشد يرشدهم .

٧ — مبدأ الحرية : فقد قرر الإسلام الحرية بأنواعها فى عصر عمت فيه العبودية ، وطغت عليه العنصرية .

أ — حرية العقيدة والإيمان : « لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى » (٣) ، « ولو شاء ربك لآمن من فى الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين » (٤) ، « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك » (٥) ، « وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » (٦) ، « لكم دينكم ولى دين » (٧) ، ونفى سيطرة الرسول

---

(١) آل عمران - ١٥٩ (٢) الشورى - ٣٨
(٣) البقرة - ٢٥٦ (٤) يونس - ٩٩ (٥) هود - ١١٨
(٦) الكهف - ٢٩ (٧) الكافرون - ٦

على الناس « فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر »(١) .

ب – **حرية الرأى** : يقول رسول الله « لايكن أحدكم إمعه يقول : أنا مع الناس إن أحسن الناس أحسنت ، وإن أساءوا أسأت ، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا ، وإن أساءوا تجتنبوا » . فهذا الحديث لايدعو إلى حرية الرأى فقط ، بل ويدعوهم إلى تكوين الشخصية المستقلة ، على أن حرية الرأى تتمثل فى الاجتهاد المشروع فى الإسلام ، وفى وقائع كثيرة فى تاريخ المسلمين .

فأبو بكر لما اختار عمر خليفة من بعده بعد مشاورة أصحاب الرأى من الصحابة يدخل عليه أحد المعارضين ، ويقول له : « ما أنت بقائل لربك إذا سألك عن استخلاف عمر علينا وقد ترى غلظته ، وهو إذا ولى كان أفظ وأغلظ » فيرد أبو بكر قائلا : « أبالله تخوفنى ؟ خاف من تزود من أمركم بظلم ، أقول : اللهم إنى استخلفت على أهلك خير أهلك » .

ولما قال عمر فى إحدى خطبه : (أيها الناس من رأى منكم فى اعوجاجا فليقومه) رد عليه رجل من عامة الشعب بقوله : والله لو رأينا فيك اعوجاجا لقومناك بسيوفنا ، فيجيبه عمر بمقالة كلها رضى : « الحمد لله الذى جعل فى المسلمين من يقوم اعوجاج عمر بسيفه » ويقول لما ردت عليه المرأة فى مسألة تحديد المهور : أصابت امرأة وأخطأ عمر .

وهذا على بن أبى طالب يفوت على نفسه الخلافة تمسكا بحرية الرأى عندما جعلها عمر من بعده فى ستة ، وانتهت المفاوضات والشورى إلى أن يحسم الأمر فيها عبد الرحمن بن عوف ، فدعا الناس إلى المسجد ، وقد أصبح الأمر بين على

(١) الغاشية – ٢١ ، ٢٢

وعثمان ، فوقف عبد الرحمن فى المسجد ، و نادى عليا فبايعه خليفة للمسلمين على أن يعمل بكتاب الله وسنة رسوله ، واجتهاد الشيخين أبى بكر وعمر ، فيرفض علىّ ذلك إلا أن يكون عمله بكتاب الله وسنة رسوله ، ويجتهد رأيه ، فنادى عبد الرحمن عثمان ، فقبل العهد الذى رفضه على فأصبح خليفة .

وقد ظل علىّ طول حياته متمسكا بحرية الرأى، ويدعو إليها حتى وهو على فراش الموت ، فقد أقبل عليه بعض المسلمين — بعد ماطعنه عبد الرحمن بن ملجم من الخوارج وشعروا بدنو أجله، وقالوا له : إن فقدناك — ولا نفقدك — أفنبايع الحسن ؟ فقال لهم : « لا آمركم ولا أنهاكم أنتم أبصر » .

ح — **حرية الهجرة والانتقال من المكان الذى يظلم فيه الشخص ولا يستطيع دفع الظلم عن نفسه** : قال تعالى « إن الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين فى الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا . إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا » (١) .

ء — **حرية المسكن** : جاء ذلك فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم » (٢) .

والأحاديث فى الاستئذان كثيرة جداً منها أن رجلا جاء إلى بيت رسول

---

(١) النساء — ٩٧ ، ٩٨ (٢) النور — ٢٧ ، ٢٨ .

الله فوقف مستقبل الباب فرآه النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : « إنما جعل الاستئذان من أجل النظر ، وإذا دخل البصر فلا إذن » .

٨ — **مبدأ التسامح** : جاء الإسلام يدعو إلى التسامح مع الأفراد « وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً »(١)، ومع الجماعات المخالفة ، ولكن في غير ذلة « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » (٢) « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » (٣)

وأمثلة التسامح في سيرة رسول الله لا حصر لها . منها مارواه البخارى عن سلمة بن الأكوع أن قوماً من غطفان وفزارة أخذوا إبلا لقاحا « حلوبا » من إبل الصدقة ، فخرجت أطلبها بعد أن صرخت ثلاث صرخات « ياصباحاه ياصباحاه »، فلما أدركتهم جعلت أرميهم حتى استنقذتها منهم قبل أن يشربوا ، ثم أقبلت أسوقها ، فلقيني النبي فقلت يارسول الله ، إن القوم عطاش وإنى أعجلتهم أن يشربوا سقيهم ، فقال : يا ابن الأكوع ملكت فاسجح إن القوم يقرون في قومهم » .

ملكت فاسجح مثل من أمثال العرب ، ومعناه . إذا غلبت على الأحرار واستعبدتهم فارفق بهم ولا تأخذهم بالشدة .

ولقد روى أن على بن أبى طالب وهو خليفة بعث ابن عباس للخوارج الذين خرجوا عليه فناظرهم ، فرجع إلى صفوفه منهم أربعة آلاف ، وأصر مثلهم على عدم الرجوع ، فأرسل إليهم يقول: « كونوا حيث شئتم وبيننا وبينكم

---

(١) الفرقان — ٦٣ . (٢) الأنفال — ٦١ . (٣) الممتحنة — ٨ .

ألا تسفكوا دماً حراما ، ولا تقطعوا سبيلا ، ولا تظلموا أحداً فإن فعلتم نبذت إليكم الحرب » وقال لهم مرة أخرى : « لا نبدأ بقتال ما لم تحدثوا فساداً » .

هذا هو الإسلام فى سماحته مع المخالفين فأين منه ما يدعوا إليه الأحرار اليوم فى كل مكان من مبدأ « التعايش السلمى » .

٩ — مبدأ التضامن الاجتماعى : حرص الإسلام من أول الأمر على التضامن الاجتماعى بين طبقات الشعب ، ففرض نظام الزكاة ، وجعلها ركنا من أركانه ، الزكاة التى تؤخذ من الأغنياء لتعطى للفقراء بنسبة معينة تختلف باختلاف الأموال ، الزكاة التى لم يجعلها الشارع تبرعا وإحسانا ، بل جعلها حقا واجبا فى غير آية « وآتوا حقه يوم حصاده »[١]، والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم »[٢] ، وهذا النظام الذى يحقق التعاون والتكافل بين صنفين من الناس . بين الأغنياء والفقراء . يسد به حاجة المحتاجين ، ويجعله طهرة للأغنياء الموسرين . ونماء لأموالهم « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » [٣] . فتتولد المحبة فى نفوس الفقراء ، والعطف والرحمة فى قلوب الأغنياء فلا حقد ولا حسد ولا ضغينة ، بل مودة وتآلف .

ثم إنه لم يقف فى ذلك عند الزكاة ، بل جعل ذلك بقدر الحاجة يقدرها ولى الأمر بقدر ما يكفى المحتاجين ؛ وحمل الأغنياء مسئولية عدم كفايتهم وتوعدهم بالعذاب الشديد ، جاء فى الحديث «إن الله فرض على الأغنياء المسلمين فى أموالهم بقدر الذى يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا وعروا إلا بما يصنع أغنياؤهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ، ويعذبهم عذابا أليما»

بل أكثر من ذلك إنه صلى الله عليه وسلم نفر من عدم المساعدة فقال :

---

(١) الأنعام — ١٤١ . (٢) المعارج — ٢٤ ، ٢٥ . (٣) التوبة — ١٠٣ .

« ما آمن بي من بات شبعان وجاره جائع إلى جنبه وهو يعلم به، وقال: « أي رجل مات ضياعا بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » .

ولقد كانت الدولة الإسلامية في عصورها الأولى تكفل الناس جميعاً بعطاء فيه الكفاية لهم من بيت المال ، فهذا عمر يفرض في خلافته لكل شخص حقا في بيت المال، فبعد أن دون الدواوين ، نظم العطاء حتى جعل للأطفال عطاء فيه وقد جعله أول الأمر بعد الفطام ، فلما وجد الناس تعجلوا فطام أطفالهم رجع عنه وقال : « أيها الناس لا تعجلوا فطام أطفالكم فإنا نفرض لهم بمجرد ولادتهم ».

بل لم يقصر العطاء على المسلمين ، فقد فرض للعجزة من أهل الذمة حينما رأى رجلا كبيراً ضريراً من اليهود يسأل الناس، فقال له : ما حملك على ذلك، قال الحاجة إلى دفع الجزية ، وحاجة العيال ، فقال : ما أنصفناه أكلنا شبيبته وضيعناه عند الهرم ، ثم أمر برفع الجزية عنه ، وأن يعطى وعياله ما يكفيهم من بيت المال طول مدة إقامتهم بدار الإسلام .

وفي بعض الروايات أنه كتب إلى خازن بيت المال يقول له : أنظر إلى هذا وضربائه ، فوالله ما أنصفناه أن أكلنا شبيبته ، ثم نخسره عند الهرم ، إنما الصدقات للفقراء والمساكين ، وهذا من مساكين أهل الكتاب ، ثم وضع عنه وعن ضربائه الجزية .

وقد مرّ وهو في طريقه إلى الشام براهب نصراني مريض بالجذام ، فأمر بإعطائه من بيت المال ما يكفي حاجته على الدوام .

وجاء في العهد الذي كتبه خالد بن الوليد لأهل الحيرة في عهد أبي بكر لما قبلوا دفع الجزية (١) بشأن من افتقر منهم .

---

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٤٤

« وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو أصابته آفة من الآفات أو كان غنيا فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين وعياله ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام فإن خرجوا إلى غير دار الهجرة ودار الاسلام فليس على المسلمين النفقة على عيالهم .

وفى عهد المنصور العباسى كانت الأرزاق تجرى على القواعد والأيتام والعميان .

وبالجملة فالشريعة الإسلامية بلغت غاية السمو والكمال والعدالة من أول أمرها بينما جاءت القوانين الوضعية ناقصة ، ورجالها ينشدون لها الكمال دائما .

وكلما انتهوا إلى تقرير مبدأ سليم ظنوه جديداً ، وهو فى شريعة الله قديم ، فهم ينتهون دائما إلى ما بدأت به الشريعة من عدة قرون خلت .

ولعل هذه الحقيقة الواضحة هى التى حملت بعض الناس على الطعن فى الشريعة من ناحية أخرى، وهى أنها مستمدة من القانون الرومانى ليرجعوا ما فيها من مزايا إلى قوانينهم ، وهذا يدعونا إلى دفع هذه الفرية الظالمة التى نشأت عن جهل أصحابها ، أو تجاهلهم للحقيقة الواضحة .

الفقه الإسلامى ودعوى تأثره بالقانون الرومانى

هذه مسألة أثيرت من زمن بعيد . أثارتها فئة غريبة لم تعرف عن الإسلام إلا معلومات سطحية لا تمثل الاسلام فى شىء ، أو عرفت منه الكثير، ولكن العداء الساكن فى القلوب أعمى البصائر وشوه الحقائق . فعلوا ذلك ليشككوا بسطاء المسلمين فى فقههم . فيولوا وجوههم نحو ما عندهم من الفقه الغربى . ولكن الحق لا يعدم أنصاره . وقد يجىء النصر على يد أعدائه أنفسهم .

والمسألة بعد طول الكلام فيها ، وكثرة الأخذ والرد انتهت إلى وضع سليم

اعترف فيه فقهاء الغرب فى مؤتمراتهم العامة . بأن الفقه الإسلامى تشريع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره ، وأنه فقه حى قابل للتطور ، وأن الآراء المختلفة فيه تجعل منه ثروة حقوقية ضخمة تسع ما يجد فى الحياة من أحداث .

وأصل المسألة أن فريقا من المستشرقين زعم أن الفقه الاسلامى استمد بعض أصوله وقواعده من الفقه الرومانى ، بل تغالى بعضهم وقال : إن الفقهاء المسلمين أخذوا قواعد فقههم كلها عن القانون الرومانى ، وتابعهم فى هذا الزعم فريق آخر ممن ولع بتقليد كل ما هو غربى .

تمسك هؤلاء بأن الفقه الرومانى سبق الفقه الإسلامى فى الوجود ، فقد تم بناؤه وأخذ وضعه الأخير قبل أن يولد الفقه الإسلامى بأكثر من نصف قرن ومن الطبيعى أن المتأخر يستمد من المتقدم خصوصاً ، وأن الأول عاش القرون الطويلة بين دراسة العلماء ، وعناية الملوك ، ومعلوم أن الصحابة كانوا يسافرون بتجارتهم إلى الشام — وهى إذ ذاك محكومة للدولة الرومانية — وفيها مدارس تدرس القانون الرومانى ، ومحاكم تسير فى نظامها وقضائها على قواعد ذلك القانون ، فتعلموا هذا القانون ، وأمدوا فقههم به ، ثم لما فتحوا الشام استولوا على مافيها من قوانين فهذبوها ، وتمموا بها فقههم الذى مازال فى دور الطفولة بعد.

والذى يؤيد ذلك تشابه الفقهين ، بل اتحادهما فى بعض الأصول ، مثل « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (١) ، وقاعدة المصالح المرسلة ، أو الاستصلاح فى الفقه الإسلامى ، فانها بعينها مبدأ المنفعة فى الفقه الرومانى ، وأن الإسلام يقرر مبدأ الحكم الإقليمى ، فاذا دخل غير المسلمين بلاد المسلمين

---

(١) أصل هذه القاعدة فى الإسلام مأخوذ من حديث « لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن من البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

خضعوا لحكم الإسلام ، كما أن الدولة الرومانية كانت تحكم على من خالفهم فى الدين والوطن بالحكم الإقليمى لهم .

وهذا كما ترى كلام لا يصدر إلا عن منكر بأن الشريعة الإسلامية من وحى السماء ، لأن الأسبقية والأخذ والاستيلاء ، والتتميم صريح فى ذلك .

ونحن نقول لهؤلاء : إن مجرد الأسبقية فى الوجود لا يلزم منها التأثر المزعوم وأن سفر الصحابة بالتجارة ما كان يعدو شبه الجزيرة العربية إلا قليلا ، وعلى فرض حصوله فخروجهم للتجارة لا يستلزم تعلم هذه القوانين ، والتاريخ لم يحدثنا عن واحد منهم أنه خرج ليطلب العلم بالشام ، أو بغيرها ، ولم تكن هناك بعثات منهم قبل الرسالة ، وأما بعدها فقد كان الوحى ينزل من السماء ، ولم يكونوا يلجئون فى أسئلتهم إلا إلى رسول الله ، ولم يثبت أن رسول الله بعث أحداً لإحضار هذه القوانين من الشام ، أو غيرها ، وكذلك لم يذهب (١) بنفسه لمثل هذا ، بل كان يرسل المعلمين إلى البلدان ، ولم يؤثر عنه أنه أمرهم بتعلم تلك القوانين ، ولا يعقل أنه يأخذ قوانين أجنبية من وضع البشر ، وينسبها إلى ربه ، والله يقول فى كتابه : « ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين »(٢) ، ويقول فى آية أخرى : « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى (٣) » .

على أن الفقه الرومانى قد كمل فى عهد القيصر جوستنيان حيث جمعه فى سنة ٥٣٣ بعد الميلاد ، وبموته سنة ٥٦٥ م ضعف ذلك الفقه باضمحلال الدولة

---

(١) لم يخرج الرسول قبل بعثته إلى الشام إلا مرتين ، أولاهما مع عمه أبى طالب وكانت سنه إذ ذاك اثنتى عشرة سنة ، والثانية حينما خرج بالتجارة لخديجة قبل زواجه منها وكانت سنه خمساً وعشرين سنة .

(٢) الحاقة — ٤٥ (٣) النجم — ٣،٢

الرومانية ، وجهله الناس ، ولم يعد يدرس كما كان ، والإسلام بدأ بعد ذلك بنصف قرن ، فأنىّ يتأثر هذا بقانون انزوى وسط الكنائس والمعابد ؟

وقد يدعى أنه نقل إلى جزيرة العرب بعد ذلك ، وهذا الادعاء فى غير محله لأن المؤرخين قرروا أنه ظل بعد هذا التاريخ مجهولا عند جميع الناس حتى عند أهل أوربا أنفسهم ، لأن الطباعة لم تكن عرفت بعد ، والقوانين ظلت منحصرة فى دائرة ضيقة جداً فى أيدى مؤلفيها ، أو ورثتهم أو الكنائس وما شابهها من المعابد ، ثم بقيت فى هذه الدائرة إلى أن وجدت الطباعة فى أوائل النهضة الأوربية فى أوائل القرن الخامس عشر تقريباً ، وحينئذ أمكن بعث هذه القوانين ، والعثور عليها من الأماكن التى كانت مقبورة فيها .

ومن هذا يتبين أن الفقه الرومانى بينما كان فى عصر خموله واختفائه عن عن الأنظار كان الفقه الإسلامى فى أزهى عصوره ، وأنه بدأ فى القرن السابع الميلادى ، واستكمل نموه فى هذا القرن وما يليه من القرنين الثامن والتاسع ، العصر الذى وجد فيه الأئمة الأربعة ، ودونت مذاهبهم .

والتاريخ لم يحدثنا عن فقيه من فقهاء المسلمين بعد عصر الصحابة بأنه تعلم على معلم أجنبى ، فأخذ عنه القانون الرومانى ، بل كلهم تعلم الفقه على فقهاء مسلمين وأخذوا مذاهبهم من مصادر التشريع الإسلامى ، وكثيرا ما تناظروا للوصول إلى الحق ، فما سمعنا أن واحداً منهم استند فى مناظرته إلى مادة من مواد القانون الرومانى ، ولو كان ذلك حدث لكان أولى الأئمة بالتأثر الإمام الأوزاعى فقيه الشام ، فقد عاش فيها ، وتفقه حتى صار إماماً ، وقد كان القانون الرومانى سائداً فيها قبل زمنه .

والواقع ينادى بعكس ذلك لأن فقهه بنى على الكتاب والسنة ، حتى عده العلماء المسلمون من مدرسة أهل الحديث .

نعم إن المسلمين نقلوا بعض العلوم الأجنبية ، وترجموها إلى العربية فى عصر الدولة العباسية ، فنقلوا المنطق والفلسفة عن اليونان ، واستفادوا من ذلك فى طريق استدلالهم على الأحكام المجتهد فيها ، لكنهم لم ينقلوا فقههم وإلا لسجل التاريخ ذلك ، ولو كانوا فى حاجة إليه لفعلوه ، ومن ادعى غير ذلك فليأت بما يثبت دعواه .

بقيت مسألة التشابه فى بعض القواعد ، وهذا لا يدل على التأثر المزعوم لأن طبيعة النظام تستدعى مثل هذه القواعد ، ولأن كثيراً من المباحث الفقهية الحديثة مثل الأحوال الشخصية والعقوبات والمواريث وغيرها كانت معروفة عند قدماء المصريين والإغريقيين وغيرهم من الأمم السابقة على الرومان ومع ذلك لم يقل أحد إن الأسلام تأثر بها .

ولا يقال إن الإسلام أقر بعض ما كان عند العرب من عادات ، وبعضها مأخوذ من القانون الرومانى ، لأن إقرار هذه العادات والمعاملات لا يعتبر أخذاً وتأثراً ، لأن الإسلام كما قلنا من قبل لم يأت للهدم ، بل جاء للبناء ولذلك أقر الصالح من العادات ، وهدم الفاسد ، وهذب ما احتاج إلى التهذيب ،

ومما يقطع أصل هذه الدعوى ، أن الفقه الإسلامى ـ كما هو مقرر فيه ـ بنى على العدالة المطلقة من أول الأمر فلا ينظر إلى الأفراد إلا بقدر ما يصلح المجتمع فالعدالة فيه تعتبر أمراً عمليا لامعدى عنه .

وأما الفقه الرومانى فقد بنى فى أول الأمر على أن الحق للقوة ، فبقدر قوة الفرد أو الجماعة يكون نصيبه من التشريع ، فقد كان الناس فى زمنه طبقات ، وأحكامه وضعت على نظام الطبقات ، حتى إنه كان يعتبر الإيذاء الذى يقع على الشريف أفظع مما يقع على غيره من عامة الناس ، وعقوبة الشريف إذا جنى

جناية تكون أقل مما يعاقب به غيره (١) .

فأين هذا مما قرره الإسلام من أول الأمر على لسان الرسول الكريم ، فيقول « أيها الناس إنما هلك من كان قبلكم لأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق الضعيف قطعوه ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » ، ويقول لبنى هاشم : « يابنى هاشم لا أغنى عنكم من الله شيئا ، ياصفية بنت عبدالمطلب لا أغنى عنك من الله شيئاً ، يا فاطمة بنت محمد لا أغنى عنك من الله شيئاً .

وإذا كان هذا هو أساس النوعين فأنى يتأثر الفقه الإسلامى وهو الكامل بقانون وضع ناقصاً فى أول الأمر ثم أخذ يطلب الكمال وينشد العدالة التى تعتبر فى نظر رجالة مثلا أعلى يحاولون الوصول إليه ؟

وأخيراً نقول لهؤلاء الزاعمين : إن دعواكم هذه أساسها الجهل بالفقه الإسلامى وأسسه ، لأن من يستعرض الفقهين يجد كلا منهما قد انفرد بأشياء ليست فى الآخر .

فى الفقه الإسلامى نظم لا أصل لها فى القانون الرومانى . كنظام الوقف، والشفعة ، وموانع الزواج من الرضاع ، ونظام التعزير ، وهو ترك تحديد العقوبه للقاضى حسب اجتهاده، ومبدأ النيابة التعاقدية التى قررها الفقه الإسلامى

---

(١) جاء فى مدونة جوستنيان ترجمة المرحوم الأستاذ عبدالعزيز فهمى ص ٣١٧ «إن من يستهوى أرملة مستقيمة أو عذراء فعقوبته إن كان من بيئة كريمة مصادرة نصف ماله ، وإن كان من بيئة ذميمة فعقوبته الجلد والنفى من الأرض ، كما يقرر فى موضع آخر ص ٢٦٣ : أن الإيذاء الذى يقع على أحد أعضاء مجلس الشيوخ يكون أفظع من الذى يقع على أحد الرعاع .

من أول الأمر ، بينما لم يصل إليها الفقه الرومانى إلا بعد جهد شاق طويل ، والحد من تصرفات المريض مرض الموت لحق الغرماء والورثة فى الوقت الذى لا يعرفها القانون الرومانى ، ولا ننسى ماجاء به الفقه الإسلامى من أحكام العبادات التى ليس لها نظير فى فقه الرومان ، كما انفرد الفقه الرومانى بنظم لا وجود لها فى الفقه الإسلامى . كنظام السلطة الأبوية(١) ، والسيادة الزوجية ، والوصاية على المرأة ، ونظام التبنى الذى ألغاه الإسلام وأهدره .

وهناك نظم مشتركة بينهما ، ولكن قواعدها مختلفة فيهما أشد الاختلاف فالقانون الجنائى موجود فيهما ، وشتان ما بينهما ، فنظام التعزير وهو ترك الحرية للقاضى فى تقدير العقوبة المناسبة للجانى موجود فى الفقه الإسلامى ، ولا وجود له فى الرومانى ، والإسلامى يعتبر الجريمة فى درجة واحدة لا فرق بين ما يقع من الشريف وغيره ، ويوحد العقوبة بينهما ، والرومانى يفرق فى الجريمة والعقوبة بالنسبة للطبقات كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

ونظام الزواج مقرر فيهما ، لكنه فردى عند الرومان ، ومتعدد عند المسلمين .

ونظام المواريث كذلك ، بيد أن المرأة لها مثل ما للرجل عند الرومان ،

---

(١) كان يقرر أن ولاية الأب تستمر على ابنه مطلقاً ذكراً كان أم أنثى مادام الأب حراً على قيد الحياة ، وتبقى هذه الرقية حتى يأتى التحرير من الأب ، فإن لم تأت فتبقى حتى يموت الأب ، فكأن الأصل فى الإنسان هو العبودية ، والحرية عارض يمنح من شخص آخر ، وهذا عكس ماقرره الإسلام من أن الأصل هو الحرية ، والرق عارض وطارىء عليه ، ومن الكلمات المأثورة فى الإسلام «متى استبعدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم احراراً » .

ولها النصف من نصيبه فى الإسلام، والطلاق حق مقرر فيهما ، ولكنه من حق الزوج فى الإسلام ، ومشترك بين الزوجين عند الرومان .

والعقود مشروعة فى كل منهما لكنها تقوم على الشكلية فى الرومانى ، بخلاف الفقه الإسلامى ، فإنه لايعرف الشكلية ولا يعترف بها ، لأن أساس التعاقد فيه هو تراضى المتعاقدين ، ولو كان التأثير موجوداً لوجد التوافق ولو فى الأنظمة المشتركة بينهما .

وبعد : فتلك مناقشة هادئة مع هؤلاء الزاعمين الذين يريدون قلب الحقائق وتشويهها ، ولو أنصفوا التاريخ ، واعترفوا بالواقع لذهبوا إلى عكس ما يقولون ، وشهدوا بأن الإسلام كان له فضل كبير فى نهضة أوربا بعد القرون الوسطى ، حينما تسربت إليها تعاليم الإسلام من أسبانيا .

ففى أوائل القرن الحادى عشر ذهب « هربرت الفرنسى » مع إخوان له له من أنصار العلم والحق يتلقون العلوم فى مدارس الأندلس الإسلامية ، وفى جملتها الفقه الإسلامى ، وكانوا يترجمون دروسهم إلى لغتهم ، ولما كانت الحقوق عندهم رديئه ، والقوانين ظالمه مشوشة ، فكروا فى نقل ما يلائمهم من الفقه الإسلامى، وأقنعوا ملوكهم بذلك ، وأخيراً أتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية ، أو القانون المدنى ، وأن يعزوه لعلماء الحقوق منهم ، نتيجة لبحثهم لا أنه أخذ من الفقه الإسلامى ، كيلا ينفر المسيحيون المتعصبون لدينهم ، هكذا قرره المؤرخ الألمانى « موسيهم فى تاريخ الكنيسة »(١)

---

(١) راجع بحثاً فى هذا الموضوع منشوراً فى مجلة الأزهر المجلد الثامن صفحة ٢٦٤ للأستاذ سيد عفيفى .

وليس ببعيد مانقله الفرنسيون عن الفقه الإسلامي ، وبخاصة الفقه المالكى عند احتلالهم لمصر بعد الحملة الفرنسية ، ومن يتتبع مواد القانون الفرنسى يجد فيها الشيء الكثير من الموافقة للفقه المالكى .

ولعلك تذكر ماأشرنا إليه أول البحث، وقدمناه مفصلا فى مقدمة الكتاب من اعتراف رجال القانون الغربيين فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن فى دورته الثانية فى مدينة لاهاى سنة ١٩٣٧ م من أن الشريعة الإسلامية تعتبر تشريعاً مرناً قابلا للتطور مستقلا بذاته ليس مأخوذاً من غيره .

الحيل وموقف الشريعه منها

وقبل أن ننهى هذا القسم من الكتاب نذكر كلمة عن الحيل ، وموقف الشريعة منها لندفع بها شبهة يضلل بها المغرضون ، فيقولون : إن التحايل على إسقاط الحقوق ، وإبطال الواجبات أصل متبع فى الشريعة الإسلامية ، فهى شريعة تحافظ على الرسوم والأشكال بقيت الحقائق معها أم ذهبت ، يستندون فى زعمهم هذا إلى حيل نقلت عن طائفة ممن انتسبوا إلى الفقه فى عصوره المظلمة ، فوجهوا عنايتهم إلى القشور ، وشغلوا بها عن اللباب فنقول وبالله التوفيق .

كلمة الحيلة فى أصل وضعها اللغوى تدل على نوع مخصوص من التصرف والعمل الذى يتحول به فاعله من حال إلى حال ، ثم غلب استعمالها عرفا فى سلوك الطريق الخفية التى يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء ، فهذا أخص من موضوعها فى الأصل ، وهو أعم من كون المقصود بها أمرا جائزا أو محرما .

ثم لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاترتكبوا ما ارتكب اليهود

فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» غلب استعمالها فى أمر أخص من ذلك ، وهو التوصل بها إلى الغرض الممنوع شرعاً أو عقلا أو عادة ، وهو قلب الحرام حلالا ، فغلب عليها فى عرف الناس ذلك ، فيقولون : فلان يعلم الناس الحيل أو من أرباب الحيل ، ويريدون المحرمة .

وعرفها الشاطبي فى موافقاته : بأنها التسبب فى إسقاط الواجب عليه ، أو تحليل الحرام بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب فى الظاهر ، والمحرم غير محرم فى الظاهر كذلك بحيث لا يسقط ذلك الواجب ، أو لا ينقلب ذلك المحرم إلا مع تلك الواسطة مع العلم بأنها لم تشرع له .

فالتحليل يشتمل على مقدمتين :

١ — قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض فى ظاهر الأمر .

٢ — جعل الأفعال المقصود بها فى الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام فهذا — كما ترى — تعريف للنوع المحرم منها ، لذلك مثل لها بما اتفق على تحريمه كمن شرب الخمر ليغيب عقله لأجل إسقاط الصلاة بعد ما وجبت عليه بدخول وقتها ، ومن ينشىء سفراً إذا دخل عليه رمضان ليفطر .

حكمها فى الشريعة : من يستعرض نصوص الشريعة يجد فيها بعض النصوص تنهى عن الحيل وتحرمها ، وتشدد النكير على فاعلها ، كالحديث السابق : « لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود » ، كما يجد منها ما يفيد مشروعية بعض الحيل .

ففى قصة أيوب عليه السلام « وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث إنا

وجدناه صابرا نعم العبد إنه أواب » (١) فقد أرشده الله إلى طريقة يخرج بها من يمينه ، وهو مما ينطوى تحت اسم الحيل .

ولقد ثبت أن رجلا زنى على عهد رسول الله ، وكان ضعيفاً فأمر رسول الله بأن يضرب بعسقال به مائة شمراخ ضربة واحدة .

كما ثبت أن رسول الله أقر بعض الصحابة على مافعلوا من هذا النوع ، من ذلك أن عبد الله بن رواحة واقع جاريته ، فلما رأته زوجته ثارت عليه ، وذهبت فأتت بسكين بعد أن قضى حاجته ، فقالت : لو وجدتك على الحال التى كنت عليها لو جأتك ، فأنكر ، فقالت : فاقرأ إن كنت صادقا ، فقال :

شهدت بأن وعد الله حق	وأن النار مثوى الكافرينا
وأن العرش فوق الماء طاف	وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد	ملائكة الإله مسومينا

فقالت آمنت بكتاب الله وكذبت بصرى ، فبلغ النبى صلى الله عليه وسلم فضحك ولم ينكر عليه .

وهذا تحليل بإظهار القراءة لما أوهم أنه قرآن ليتخلص به من مكروه الغيرة .

ومن هنا قرر العلماء أن الحيل نوعان : نوع ممنوع ، وآخر غير ممنوع ، ولكن ماهو الحد الفاصل بين النوعين ؟ .

لم يرد فى الشرع تحديد لذلك فاجتهد العلماء فيه ، ونقلت عنهم عبارات متقاربة فى هذا المعنى .

---

(١) سورة ص : ٤٤

فالإمام محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة يقول(١) : « ما احتال به المسلم حتى يتخلص به من الحرام ، أو يتوصل به إلى الحلال فلا بأس ، وما احتال به حتى يبطل حقاً أو يحق باطلا ، أو ليدخل به شبهة فى حق فهو مكروه » . والمكروه عنده قريب من الحرام .

ويقول الحموى فى شرحه للأشباه والنظائر : الحيلة الجائزة « ما تكون مخلصاً شرعياً لمن ابتلى بحادثة دينية » .

ومع هذا التحديد وقع الاشتباه فى بعض الحيل ، أهى من النوع المباح شرعاً أم من النوع المحرم ؟

ولهذا قسم صاحب إعلام الموقعين الحيل إلى ثلاثة أقسام :

١ — باطل بالاتفاق كحيل المنافقين والمرائين وما شابه كل ذلك .

٢ — جائز بالاتفاق كالنطق بكلمة الكفر إكراها عليها .

٣ — مختلف فى جوازه بين الأئمة ، وسبب الاختلاف وجود الشبه فيه للقسمين السابقين ، وعدم دليل يلحقه بأحدهما ، فمن أجازه نظر الى أنه غير مخالف المصلحة التى وضعت لها الشريعة ، ومن منعه نظر إلى مخالفته لها ، ولا يصح أن يقال : إن من أجازه فعله وهو يعلم أنه مخالف لوضع الشريعة ، لأن هذا مصادمة للشارع . وهى لا تصح من مسلم عامى فضلا عن إمام مجتهد ، بل هو

---

(١) جاء ذلك فى مقدمة كتاب الحيل للخصاف ، وفى مبسوط السرخسى فى أوائل الكلام على الحيل ج٣٠ ص ٢١٠ وعبارته « فالحاصل أن ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوسل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن وإنما يكره ذلك أن يحتال فى حق الرجل حتى يبطله أو فى باطل حتى يموهه أو فى حق يدخل فيه شبهة فما كان على هذا السبيل فهو مكروه وما كان على السبيل الذى قلنا أولا فلا بأس به » اهـ

أجازه بناء على تحرى قصده . وأن هذا لاحق بقسم التحيل الجائز ، وكذلك المانع لم يمنعه مقرا بموافقته لقصد الشارع ، وإنما منعه بعد أن ظهر له أنه من القسم الممنوع . مثال ذلك نكاح المحلل .

ثم خلص من هذا التقسيم إلى تقرير ضابط قريب مما سبق قال فيه : « الحيل الباطلة هى ماهدمت أصلا شرعيا أو ناقضت مصلحة شرعيــة ، وماعدا ذلك فجائز بالاتفاق أو مختلف فيه » .

موقف الأئمة منها : أخذ بمبدأ الحيل الإمام أبو حنيفة ، وأكثر مارُوى عنه منها كان فى باب الايمان والطلاق لما رأى تفنن أهل العراق فى تلك الإيمان فيضطر المحلوف عليه إلى طريق يخلص منه .

ولم ينقل عن الأئمة الثلاثة شىء من ذلك بعنوان الحيل ، وإن كان فى فروعهم ماينطبق عليه حد الحيلة ، ولا شك فى أن ما أجازه أبو حنيفة ليس من النوع المنافى لمقاصد الشارع .

ولكن بعض الأتباع أخذوا هذا القدر ، وجعلوه مبدأ عاما طبقوه فى كل أبواب الفقه تخريجا على أصول الإمام ، فبعد أن كان علاجا للخروج من مآزق الإيمان أصبح معولا يهدم به صرح الشريعة ، وينقض بناءها حجرا بعد حجر. وإنك لتجد العجب العجاب من حيل هؤلاء المتأخرين الذين اتخذوا من ذلك طريقا لشحذ الأذهان ، ففرضوا المسائل والتحايل فيها ، حتى تحايلوا على ضياع الحقوق ، وإسقاط الواجبات ، وارتكاب المحرمات ، فيفتون المرأة التى تريد الخروج من عصمة زوجها بأن ترتد عن الإسلام ، أو تفعل مع ابنه من غيرها — إن وجد — فعلا شائنا كى تحرم عليه وأمثال ذلك ، ولو علم الأئمة بأنها ستستغل هذا الاستغلال السىء لما فعلوا شيئا منها .

يقول ابن القيم في إعلام الموقعين(١): والمتأخرون أحدثوا حيلا لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة نسبوها إلى الأئمة، وهم مخطئون في نسبتها إليهم، ولهم مع الأئمة موقف بين يدي الله عز وجل، ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانته في الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل، ولا بالدلالة عليها، ولا كان يشير على مسلم بها، وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم.

وإن كان رحمه الله تعالى يجري العقود على ظاهرها، ولا ينظر إلى قصد العاقد ونيته فحاشاه أن يأمر الناس بالكذب والخداع والمكر والاحتيال وما لا حقيقة له، بل ما يتيقن أن باطنه خلاف ظاهره ولا يظن بمن دون الشافعي من أهل العلم والدين أنه يأمر أو يبيح ذلك، فالفرق ظاهر بين أن لا يعتبر القصد في العقد ويجريه على ظاهره وبين أن يسوغ عقداً علم بناءه على المكر والخداع وقد علم أن باطنه خلاف ظاهره، فوالله ما سوغ الشافعي ولا إمام من الأئمة هذا العقد قط ومن نسب ذلك إليهم فهم خصماؤه عند الله، فالذي سوغه الأئمة بمنزلة الحاكم يجري الأحكام على ظاهر عدالة الشهود وإن كانوا في الباطن شهود زور والذي سوغه أصحاب الحيل بمنزلة الحاكم يعلم أنهم في الباطن شهود زور كذبة وأن ما شهدوا به لا حقيقة له ثم يحكم بظاهر عدالتهم.

وهكذا في مسألة العينة إنما جوز الشافعي أن يبيع السلعة ممن اشتراها منه جرياً على ظاهر عقود المسلمين وسلامتها من المكر والخداع، ولو قيل للشافعي إن المتعاقدين قد تواطآ على ألف بألف ومائتين وتراوضا على ذلك وجعلا السلعة محللا للربا لم يجوز ذلك ولأنكره غاية الإنكار.

وقال أستاذه ابن تيمية من قبله «دب هذا الداء إلى كثير من فقهاء الطوائف

---

(١) جـ ٣ ص ٢٤٦ وما بعدها

حتى أن بعض أتباع الإمام أحمد الذى كان من أبعد الناس عن هذه الحيل تلطخوا بها فأدخلها بعضهم فى الايمان ، وكثر ذلك من بعض المنتسبين إلى الشافعى وتوسع بعض أصحاب أبى حنيفة فيها توسعا تدل أصول أبى حنيفة على خلافه وحتى صار من يفتى بها كأنه يعلم الناس فاتحة الكتاب أو صفة الصلاة لا يبين للمستفتى أنها مكروهة بالاتفاق وأنها محرمة عند كثير من العلماء بل أكثرهم ، اه

ومن يتتبع تلك الحيل المنقولة عنهم يجدها صادرة إما عن جهل بأسرار التشريع وحكمه التى لا يعلمها إلا الله والراسخون فى العلم ، وإما لأنه أخطأ الصواب وظن أنه مصيب .

متى نشأت الحيل : نرى فريقاً ممن عاب أرباب الحيل يطعنون على أبى حنيفة ، ويقولون : إنه أول من أنشأ الحيل ، وسموه إمام أهل الحيل ، كما سموه إمام أهل الرأى ، وهذا غير صحيح ، لأن الحيل كانت موجودة من قبله عند شيخه حماد ، ومن قبله إبراهيم النخعى ، وقد روى أبو حنيفة نفسه الأحاديث المبيحة لها عنهم ومن طريقهم ، غاية الأمر أنه توسع فيها فنسبت إليه ، كما نسب إليه العمل بالرأى مع أنه كان موجوداً من قبل .

والخصاف فى كتابه الحيل(١) يروى عن إبراهيم النخعى عدة حيل أفتى بها فى باب الإيمان ، وكذلك ينقل عن الحسن البصرى وابن سيرين أنهما أجازا بعض الحيل ، وأقرا الفاعل عليها .

وكما نسبوا إلى أبى حنيفة أنه أول من عمل بالحيل نسبوا إليه كتاباً فيها كان موضع ذم العلماء ، كما فعل الخطيب البغدادى فى تاريخ بغداد (٢) .

وهذه النسبة خطأ ، والخطيب نفسه تناقض فى كلامه ، فبينما يروى عن ابن

---

(١) ص ١ ، ص ١١   (٢) ج ١٣ فى ترجمة أبى حنيفة .

المبارك أنه قال : « من كان عنده كتاب أبى حنيفة فى الحيل يفتى به فقد أحل ما حرم الله، إذ يروى فى موضع آخر أن ابن المبارك أخذ الفقه عن أبى حنيفة، وأنه كان يحسن القول فيه .

فكيف توفق بين هاتين المقالتين ، وكيف يعقل أن ابن المبارك يأخذ فقهاً عن رجل يعتقد أنه يحل ما حرم الله ، ويحرم ما أحله الله بالحيل ؟!

وأول كتاب وصلنا من كتب الحنفية فى الحيل هو كتاب الخصاف المتوفى سنة ٢٦١ هـ .

وهذا الكتاب مشتمل على جبل فى معظم أبواب الفقه من المعاملات ، ولم يذكر فى غيرها إلا بعض مسائل فى كتابى الزكاة والزواج .

والكتاب يدلنا على أن الحيل بعد عصر أبى حنيفة سارت بخطوات واسعة ، لأنها فى قرن واحد من الزمان من ١٥٠ — ٢٦١ خرجت من باب الإيمان والطلاق إلى جميع أبواب المعاملات .

ولما ازداد التنافس بين الفقهاء خاصة الحنفية والشافعية دخل الشافعية هذا الباب حباً فى الظهور أمام الحكام والناس من جهة، والرغبة فى الدنيا من جهة أخرى فألفوا فيها ، ولكنه كان عملا تقليدياً غلب عليه التكاف فى كل مسائله

من هذه الكلمة العاجلة نعلم أن الحيل الباطلة التى قيل إنها أصل أصيل فى الفقه الإسلامى لا أصل لها فى شرع الله ، وأن أئمة الإسلام منها براء ، وأنها لم توجد إلا ثمرة من ثمرات التقليد البغيض ،

وأن الداعين إليها والعاملين بها لم يفهموا روح الشريعة ، ولم يقفوا على أسرارها ، وأنها جاءت لتحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم من غير عنت ولا إرهاق .

وبعد : فهذه لمحات خاطفة عن حياة هذا الفقه الخالد، عرفنا منه نشأته، وكيف تدرج فى مدارج النمو حتى وصل إلى القمة التى لم يصل إليها ، بل لم يقاربها فقه آخر ، ثم بدأ ينزل من قمته العالية شيئاً فشيئاً متجهاً نحو منحدر بعيد الغور على أيدى رجاله المتأخرين الذين تسلموا هذه الأمانة ممن سبقهم من المتقدمين ، فلم يحسنوا القيام عليها فساروا بها فى طريق آخر متعرج غير مستقيم ، طريق التقليد والوقوف عند كلام المجتهدين ، وليتهم وقفوا عند العمل به ولكنهم تجاوزوه إلى سلوك طريق آخر مليء بالأشواك والعثرات طريق التعصب لتلك الأقوال ، والدفاع عنها ، كأنها دين يجب الوقوف عند حدوده .

فنتج عن ذلك توقف هذا الفقه — الذى وقفوا عنده — عن الاستجابة لما تتطلبه مشاكل الحياة من حلول ، مما جعل الفقه الأجنبي يدخل مصرنا وغيرها من البلدان الإسلامية على حين غفلة من أهلها مع المستعمر الغاصب، ويرفع رايته على ربوع تلك البلاد ، فتصبح له الكلمة النافذة بين عشية وضحاها بعد أن نُحِّيَ الفقه الإسلامى عن منصة القضاء إلا فى مسائل قليلة أبقى العمل بها لما لها من ارتباط وثيق بدين الدولة الرسمى ؛ ثم توالت السنون والمشتغلون بالقانون فى مصر يعملون جاهدين على تمصيره فعدلوه غير مرة . ولكن هذه التعديلات على كثرتها لم تغير من سحنته الأجنبية . ولا طبيعته الفرنسية . بل ظل كما قال الدكتور السنهورى فى وسيطه : « لا يزال الفقه المصرى يتلمس فى الفقه الفرنسى الهادى المرشد لا يكاد يتزحزح عن أفقه أو ينحرف عن مسراه فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين » .

ولما تقدم الوعى القومى ، وهب الناس مطالبين بالتخلص من الاحتلال الأجنبى فى شتى مظاهره ، وتتابع اعتراف فقهاء الغرب فى مؤتمراتهم العامة : بأن الفقه الإسلامى له قيمة حقوقية لا تقل عما فى غيره من أحدث القوانين

وأعرقها ، وأنه مستقل بذاته ليس مأخوذاً من غيره كل ذلك لفت نظر رجال القانون عندنا إلى ما فى هذا الفقه من مزايا ، فيمموا نحوه باحثين وآخذين . فوضعت فيه رسائل عديدة مقارنة بينه وبين القوانين الأخرى « الوضعية » وضعها طلاب الدراسات العليا فى الحقوق ، وأخذت منه أحكام كثيرة طعم بها القانون المدنى الجديد ، ثم جعل مصدراً رسمياً من مصادره كما نبهنا إلى ذلك من قبل .

واشتغل بدراسته — دراسة واسعة — بعض رجال القانون ، فكان من نتيجة تعمقهم فى البحث فيه أن وقفوا بأنفسهم على ما فى هذه الشريعة من مبادىء ونظريات لا تقل عما فى أحدث القوانين ، وأعلنوا ذلك فى صراحة .

يقول الحقوقى الكبير الدكتور السنهورى فى بعض مقالاته ما نصه : « فى الشريعة عناصر لو تواتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادىء لا تقل فى الرقى والشمول فى مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقية التى نتلقاها اليوم عن الفقه الغربى الحديث » .

بقيت وراء هذا وذاك أمنية تتردد فى النفوس لا فى نفوس المصريين فحسب ، بل فى نفوس العرب جميعاً . هذه الأمنية هى أن يصبح الفقه الإسلامى المصدر الأول للقانون السائد ، وليس ببعيد أن تتحقق تلك الأمنية لأننا سائرون فى طريق التوحيد ، وسيكون — بإذن الله — توحيد القانون عنصراً هاماً من عناصر تلك الوحدة أن تحقق قبلها ، وقد يجىء مدعماً لها إذا ما جاء بعد تحققها .

هذه أمنية غالية ، والأمانى لا تتحقق إلا بالعمل . فماذا نحن فاعلون لكى نبلغ ما نريد ؟

هذه أمنية الكثرة الغالبة مع أنه لا يزال يوجد بين الناس من يظن بل

يعتقد أن الفقه الإسلامى لا يصلح للعمل به الآن ، ولا يستطيع مسايرة هذه المدنيات المختلفة .

ونحن ننبه إلى أن هذا الظن ناشئ إما عن أن صاحبه ينظر إلى هذا الفقه ممثلا فى مذهب معين من المذاهب التى كان يعمل بها إلى وقت قريب ، فيرى فيه ضيقا وحرجا فى بعض فروعه ، أو ينظر إليه نظرة أوسع من تلك . فينظر إليه ممثلا فى مجموعة المذاهب ، لكنه مع هذا يعتقد أن تلك الأحكام المنقولة فيها لازمة لا تقبل التعديل ولا التغيير . كما اعتقد ذلك من قبله البسطاء ممن انتسبوا إلى هذا الفقه من المقلدين .

وقد قلنا غير مرة : إن هذا الفقه بمذاهبه العديدة ملىء بالحلول والمبادىء التى لا تقف أمام الأحداث على كثرتها ، وأن ما لا نجده فى مذهب نجده فى مذهب غيره ، وما نجده مضيقاً فى واحد منها نجده موسعاً فى غيره .

وأن الأحكام الاجتهادية التى نقلت عن الأئمة وأتباعهم قابلة للتغيير والتعديل كلما جدت الحاجة إلى ذلك ، وأنها لم توضع لتكون طوقاً نطوق به أعناقنا إلى يوم يبعثون ، بل إن الوقوف عندها أبداً ضلال فى الدين ، ومخالفة لطريقة السلف الماضيين . كما قال الإمام القرافى « والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين » .

وأن أصول الشريعة العامة تجعلنا فى حل من كل ما يوقعنا فى الحرج ، أو يلحق بنا الضرر الشديد .

وأن باب الاجتهاد لا يزال مفتوحا للسالكين الذين تأهلوا له ، وهم أصحاب الملكات الفقهية الممتازة لا كل من يدعى أنه فقيه من أولئك الذين لم يزالوا فى أول الطريق يحبون حبواً على أيديهم وأرجلهم ، فإن هؤلاء أضر على الفقه من أعدائه .

ومن هنا نستطيع أخذ قانون عام من هذه الموسوعات التى خلفتها المذاهب العديدة تأخذ منها ما يلائم العصر الذى نعيش فيه ، فإن لم يوجد فبالاجتهاد الجماعى ، لأن الاجتهاد الفردى غير مأمون العاقبة فى هذا العمل الخطير .

الاجتهاد الجماعى الذى يشير إليه حديث[1] يروى فى هذا الموضوع وهو ما رواه مالك بن أنس بسنده إلى على بن أبى طالب كرم الله وجهه أنه قال : قلت يارسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمض فيه منك سنة ، قال : « اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد » .

والسبيل إلى ذلك أن يؤلف من رجال الفقه الإسلامى الذين يمثلون المذاهب المختلفة جماعة على هيئة مؤتمر لا يقتصر فيه على فقهاء قطر بعينه ، بل يشترك فيه بعض الفقهاء النابهين من كل دولة ترغب فى ذلك ، ويوكل إليهم التحضير لهذا المشروع بعد أن توفر لهم الوسائل ويعاونهم فى ذلك جمهرة من رجال القانون الذين مرنوا على الصياغة .

فإذا تم ذلك تحت إشراف الدولة ورعايتها أمكن لهؤلاء القيام بهذه المهمة

قد يقال : إن هذا عمل يحتاج إلى السنين الطوال ، وقد تعترضه عقبات يقف عندها ، مع ما فيه من هدم لصرح قانون شيده الفقهاء فى أكثر من سبعين عاماً ، وفوق ذلك كله فإنه يحدث هزة عنيفة فى الوسط القانونى واضطرابا فيه

---

(١) إعلام الموقعين جـ١ ص٧٤ وهذا الحديث وإن قيل فيه إنه غريب إلا أن معناه صحيح تؤيده النصوص القطعية من القرآن « وشاورهم فى الأمر » « وأمرهم شورى بينهم » . وفعل الخلفاء الراشدين موافق له ، فانهم كانوا إذا نزل الأمر كذلك جمعوا له أهل الشورى وتباحثوا فيه ولم يستبد واحد منهم برأيه .

وهذه فى الواقع تشكيكات لا تقف حاجزاً بيننا وبين هذا العمل الجليل ، لأن طول الزمن لا يمنع من الإقدام على أى عمل ، حيث إن الأعمال — وبخاصة العظيم منها — لا تتم فى يوم وليلة ، بل تحتاج إلى صبر وأناة ، وأما العقبات المزعومة فلا أثر لها متى صحت النيات وصدقت العزائم ، وأما الهدم فإننا لا نريده ولا نقصده ، بل غرضنا أن نجعل المصدر الأول لقانوننا الفقه الإسلامى الذى نزل الوحى بقواعده وأصوله ، ثم امتدت فروعه وأينعت ثمراته فى بلاد الشرق على أيدى فقهاء شرقيين عاشوا فى الشرق وراعوا عاداته وتقاليده ، فهو الذى يلائم بيئتنا الشرقية دون سواه(١) وليس كل ما جاءت به القوانين الأخرى يأباه الفقه الإسلامى ولا يقره، بل قد تتفق معه فى الكثير من مبادئه ونظرياته ، وكيف لا تتفق معه وقد أخذت منه الكثير إبان ازدهاره فى بلاد الأندلس ، وفى حملة نابليون على مصر ! ؟

فالكثير من هذه القوانين شرقى إسلامى الأصل ، ولكنهم صاغوه وصبغوه بصبغة غربية ثم صدروه إلينا على أنه غربى المولد والنشأة !

إننا إذا اتجهنا هذه الوجهة ، وقصدنا التعديل فقط حتى يتفق مع الفقه الإسلامى تفادينا الهزات والاضطرابات ، وتمكنا من أن نحصر ما يترك من القوانين القائمة فى أضيق نطاق ، فنترك منها ما خالف النصوص القطعية فى الإسلام

---

(١) يقول الدكتور السنهورى فى مقال له بمجلة القانون والاقتصاد من السنة السادسة فى هذا الشأن ما نصه : « واستقاء تشريعنا بقدر الإمكان من مصدر الشريعة الإسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة ، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقاً ، بل ينمو ويتطور ويتصل حاضره بماضيه » وقد صرح فى موضع آخر : « بأن الشريعة الاسلامية بحالتها الموجودة — من غير تجديد فيها — صالحة لأن تكون مصدراً للتقنين » .

أو ناقض قواعده وأصوله ، وما عدا ذلك فلا يعدم أن يوجد له نظير فى مذهب من المذاهب ، فإن لم يوجد فإنه يدخل الفقه الإسلامى من باب المصالح أو الاستحسان ، أو العرف كما سبق تقريره .

ومن هنا يصبح عمل المؤتمر تعديلا للأسس والمبادىء لا الإنشاء والصياغة من أوله إلى آخره ، وحينئذ لا تكون المهمة شاقة فوق الطاقة ، ولا عسيرة غير ممكنة كما يتصورها البعض ، بل تكون سهلة ميسورة يستطاع البدء فيها ، ولا ينتظر بها حتى نعيد عرض الفقه الإسلامى عرضاً حديثاً كما يقترح البعض أو تطويره كما يقول الآخرون .

لأن هذا العرض أو التطوير إن لم يقم به جماعة منظمة تحت إشراف الدولة يكون الأمل فى تحققه ضعيفاً ، أو يحتاج إلى زمن طويل لا يعلم مداه إلا علام الغيوب .

القسم الثاني

تمهيد

يقولون إن الفقه الإسلامي بنى على الجزئيات ، فهو عبارة عن مجموعات من الأحكام مأخوذة بالاجتهاد من المصادر التي يستقى منها ، أو بالتخريج على طريقة الأئمة ، فما هو إلا حلول جزئية للأحكام ، وأن الفقهاء المسلمين لم يدونوا الفقه على هيئة نظريات عامة وقواعد كلية ، كما هو موجود فى فقه القوانين الوضعية ، وهذا يجعل الاستفادة منه قليلة بل عسيرة ، فان الباحث فى محيط الأحكام الجزئية المبعثرة هنا وهناك يسير فى طريق متشعب المسالك .

والفقه الأجنبي وإن كان فى أول (١) أمره بنى على الجزئيات إلا أن رجاله قعدوه وصاغوه على هيئة نظريات ، فكانت دراسته مجدية لسهولة تطبيقه على من عقل تلك النظريات .

ونحن نقرر أن رجال الفقه الإسلامي لم يهملوا ناحية التقعيد ، بل أقول : إن فقهاء العصور الأولى « وهم المجتهدون » كان عمادهم فى الاستنباط فى غالب الأحوال هو القواعد العامة . فكل فقيه من هؤلاء كان يستعرض النصوص الواردة فى نوع واحد من الأحكام ، وبعد معرفة ناسخها ومنسوخها ، وعامها وخاصها ، ومطلقها ومقيدها يستخلص منها قاعدة عامة يطبقها على الوقائع الجزئية ، حتى أن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما يروى له من الأحاديث . كما روى عن أبي حنيفة ، ثم إنهم عند تطبيق هذه القواعد قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها فى موضع معين يترتب عليه حرج ومشقة فيعدل عن هذا التطبيق ويلجأ إلى قاعدة أخرى يطبقها ، ومن هنا نشأت قاعدة

(١) راجع أصول القوانين للدكتورين السنهوري وحشمت أبي ستيت ص ١٣٣

الاستحسان الذى عمل به الحنفية والمالكية بصورة واضحة ، وقاعدة رفع الحرج ودفع الحاجة عند غيرهم .

كانت هـذه القواعد تسمى بالقياس أحيانا ، ولذلك وردت كلمة على وفق القياس ، وعلى خلاف القياس فى كلامهم كثيراً

ولو كان هؤلاء الأئمة دونوا قواعدهم تلك لـكان الفقه الإسلامى الآن وقبل الآن فى غنى عن دفاع أهله عنه ، ودفع شبه الطاعنين فيه ، على أن لهؤلاء الأئمة قواعد من نوع آخر ، هى قواعد الاستنباط ، فـكل إمام له طريقة فى الاجتهاد قد تختلف عن طريقة غيره فى بعض نواحيها .

وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه فى عصر الأئمـة ، وهو الذى سمى فيما بعد بأصول الفقه . بدأه الإمام الشافعى ، وتبعه الإمام أحمـد بن حنبل ، ثم الفقهاء أتباع الأئمة من بعدهما ، تابعوهما فى ذلك حتى كمل بناؤه ، وأصبح ميزة من مميزات الفقه الأسلامى .

إذاً كان فى الفقه الاسلامى نوعان من القواعد قواعد الاستنباط ، وقواعد أخرى عبارة عن أصول ومبادىء كلية تصاغ فى نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة فى الحوادث التى تدخل تحت موضوعها .

ولقد صرح بذلك الإمام القرافى المالـكى المتوفى سـنة ٦٨٤ هـ فى مقدمة كتاب الفروق فقال : « إن الشريعة المحمـدية اشتملت على أصول وفروع . وأصولها قسمان : أحدهما المسمى بأصول الفقه ، وهو فى غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفـاظ العربية خاصة ، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب ، والنهى للتحريم . الخ ،

والقسم الثانى قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على

أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع فى الشريعة مالا يحصى ، ولم يذكر منها شىء فى أصول الفقه ، وإن كان يشار إليها هناك على سبيل الإجمال ويبقى تفصيله لم يتحصل ، وهذه القواعد مهمة فى الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب(١)

فهذا اعتراف منه بأن تقعيد القواعد يسهل عمل الفقيه ، وأن الاشتغال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس هو أول من حاول استنباط القواعد بل لقد سبقه إلى هذه المحاولة شيخه عزالدين بن عبدالسلام الشافعى المتوفى سنة ٦٦٠ هـ فى كتابه « قواعد الأحكام فى مصالح الأنام » :

ثم جاء بعدهما عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ هـ فألف كتابه القواعد ، ثم يجىء من بعد هؤلاء التاج السبكى والجلال السيوطى الشافعيان ويؤلف كل منهما كتابه « الأشباه والنظائر » .

---

(١) ثم أبان أنه وضع قواعد مفرقة فى كتابه الذخيرة ، ثم أراد جمعها والزيادة عليها فى كتاب خاص سماه « أنوار البروق فى أنواء الفروق » ، وأخبر أنه جمع فيه من القواعد خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة ، وله كتاب آخر سماه « كتاب الأحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرف القاضى والإمام » ذكر فيه أربعين مسألة جامعة لأسرار هذه الفروق ، وكلا الكتابين مطبوع .

ولا يفهم من هذا أن محاولة التقعيد لم تبدأ إلا فى القرن السابع ، بل إنها بدأت قبل ذلك بعدة قرون بدأها فقهاء الحنفية من أوائل القرن الرابع(١).

وأول من فعل ذلك — فيما نعلم — أبو طاهر الدباس — جمع منها سبع عشرة قاعدة . منها الضرر يزال ، واليقين لا يزول بالشك ، والعادة محكمة . والمشقة تجلب التيسير .

ولما علم بذلك أبو الحسن الكرخي ، وكان معاصراً له « ولد سنة ٢٦٠ ﻫ وتوفى سنة ٣٤٠ ﻫ » أخذها عنه ، وزاد عليها فألف رسالته فى الأصول التى عليها مدار فروع الحنفية ، ولم يذكر أمثلتها حتى جاء الإمام نجم الدين عمر النسفى المتوفى سنة ٥٣٧ ﻫ ، وذكر أمثلتها وشواهدها وفيها تسعة وتسعون أصلا . من ذلك .

« إن تعليق الأملاك بالاخطار باطل ، وتعليق زوالها بالأخطار جائز »(٢)

« إن الشيء يعتبر مالم يعد على موضوعه بالنقض والإبطال »(٣)

---

(١) ولو قلنا إنها بدأت فى أواخر القرن الثالث لما بعدنا عن الحقيقة ، فان أبا طاهر الدباس ممن عاش فى القرنين الثالث والرابع .

(٢) فلو قال شخص لآخر : إن دخلت الدار فقد وهبتك هذا الشيء ، وقال الآخر قبلت لا يصح ولا يثبت الملك عند وجود الشرط بخلاف ما إذا قال لامرأته : إن فعلت كذا فأنت طالق فانه يصح التعليق ويقع الطلاق عند تحقق الشرط .

(٣) من مسائله أن العبد المحجور إذا اجر نفسه مدة معلومة للعمل لم تصح دفعاً للضرر عن المولى ،ولو قضينا بفسادها بعد مضى المدة وتمام العمل كان إضرارا بالمولى بتعطيل منافع عبده بغير بدل فكان دفع الضرر هنا فى تصحيحها ، إذ لو قضينا بفسادها لم يكن دفعاً للضرر بل يكون تحقيقاً لضرر فيعود النظر ضرراً » .

« الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق »(١)

ثم جاء أبوزيد الدبوسى ، وهو عبيد الله بن عمر بن عيسى المتوفى سنة ٤٣٠ ه (الدبوسى نسبة إلى دبوسية قرية بسمرقند) وألف كتابه تأسيس النظر(٢) ، وقد قسمه على ثمانية أقسام . جعل كل قسم منها خاصاً بالأصول التى عليها مدار الخلاف بين إمامين من الأئمة ، فيقول مثلا .

القسم الأول فى الأصول التى عليها مدار الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه .

القسم الثانى فى الأصول التى عليها مدار الخلاف بين أبى يوسف ومحمد .

والكتاب مشتمل على ست وثمانين قاعدة ، ثم تتابع الزمن حتى جاء فى القرن العاشر زين العابدين بن نجيم المصرى المتوفى سنة ٩٧٠ ه ، وألف كتابه الأشباه والنظائر . جمع فيه خمساً وعشرين قاعدة ، وجعلها نوعين ، قواعد أساسية وهى ستة ، وباقيها أقل منها اتساعاً وهى تسع عشرة قاعدة .

ثم جاء بعد هؤلاء فقهاء فى عهد الدولة العثمانية ، وألفوا كتباً أخرى فى هذا النوع ، ومنهم أصحاب المجلة العدلية الذين أخذوا مما دون قبلهم تسعاً وتسعين قاعدة وضعوها فى أول المجلة .

وأخيراً يقول عالم من علماء الحنابلة توفى فى مبدأ هذا القرن الهجرى ؛ وهو الشيخ محمد حسن الشطى المولود فى دمشق سنة ١٢٤٨ ه ، والمتوفى سنة ١٣٠٧ ه ، يقول فى مقدمة(٣) توفيق المواد النظامية لأحكام الشريعة

(١) من مسائله : إن من كان فى يده دار فجاء رجل يدعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدعى حتى لا يقضى له إلا بالبينة ولو بيعت دار بجنب هذه الدار فأراد أخذ الدار المبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار فأنكر المدعى عليه أن تكون هذه الدار التى فى يده مملوكة له فإنه ظاهر لا يستحق الشفعة مالم يثبت أن هذه الدار ملكه .

(٢) كتاب تأسيس النظر مطبوع ومعه رسالة الكرخى .

(٣) ص ٩ وص ٨٤ وهذه المقدمة اشتملت على مائتى مادة وهى مطبوعة بمصر .

المحمدية . إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة ، إه .

هذه خطوات خطاها فقهاء الشريعة فى هذا الطريق ، وهي محاولات موفقة إلى حد ما ، لأنها محاولات فردية ، ولأن ما فى هذه الكتب لا يعتبر كله قواعد بالمعنى الصحيح .

ثم إنهم وإن اعتبروا مقصرين فى هذا النوع من الأصول فقد وفقوا فى استنباط النوع الثانى ، لأنهم بعد سد باب الاجتهاد شغلوا بثلاثة أمور - كما سبق - منها استنباط القواعد والأصول ، ونتج عن ذلك تدوين أصول الفقه ، وتتميم مسائله ، وهو مما امتاز به الفقهاء المسلمون عن غيرهم ، وهذا العلم - مع ما فيه من التواء فى بعض مسائله - مجهود ضخم لا يخلو من فوائد عظيمة ، ولو أعيد النظر فيه مجرداً عن العصبية المذهبية وخلص من المسائل التى بنى الخلاف فيها على الاختلاف فى تفسير الألفاظ وما شاكلها لأضحى من أجل ما يخدم به الفقه والتشريع .

ومع هذا الذى فعلوه فنحن لا ننفى عنهم تهمة التقصير فى التأليف فيه على هيئة نظريات عامة ، وهى نوع آخر غير القواعد السابقة ، كنظرية العقد ، ونظرية الالتزام مثلا ، ولكننا نلتمس لهم العذر فيما فعلوه ، لأن الأحكام الاجتهادية التى استنبطها الأئمة نقلت لهم على هيئة حلول جزئية من غير بيان لقواعدها التى استندت إليها ، أو خرجت عليها ، وصاحبَ هذا النقل دعوى سد باب الاجتهاد ، فوجد هؤلاء حلولا للمسائل ما وقع منها ، وما لم يقع ، فلم يكن المفتى أو القاضى يجد صعوبة فى تعرف حكم ما يعرض عليه من الوقائع إلا فى القليل النادر .

أضف إلى ذلك أن الفقهاء لم يجدوا تشجيعاً من الحكام إلا فى فترات

نادرة من الزمن ، وأن الفقه الإسلامى قد أهمل العمل به فى بعض البلدان الإسلامية بسبب الاستعمار البغيض الذى ابتليت به هذه البلدان ، وحلت محله القوانين الوضعية ، وهذا عمل يضعف العزائم ويميت الهمم .

هذا وأن الفقه الإسلامى لا يأبى التجديد حتى فى طريقة عرضه ، غير أن هذا العرض لا يكفى فيه جهود فردية ، ولا مذكرات دراسية ، بل يحتاج إلى عمل منظم من جماعة يعهد إليها القيام به ، بعد أن يوفر لها كل الوسائل اللازمة لذلك .

نظرية الملكية

تمهيد فى تعريف المال وبيان أنواعه : تعريف الملك ، المال والتملك ، تنوع الملك إلى ناقص وتام ، أنواع الملك الناقص ، أسباب كل نوع وخصائصه ، الملك التام ، خصائصه ، أسبابه ، المال المباح وأنواعه . . .

وقبل الكلام على الملك وأنواعه وأسبابه نمهد لذلك بكلمة موجزة عن المال وما فى معناه من « المنافع والحقوق » للارتباط القائم بينهما من جهة أن الملك فى غالب صوره يرد على المال ، ولأن الشارع جعله العلاقة بين الإنسان والمال فنقول :

المال ضرورى من ضرورات الحياة التى لا غنى للإنسان عنها ، وقد ورد ذكره فى القرآن فى أكثر من تسعين آية ، وفى السنة فى أحاديث أكثر من أن تحصى ، وأخبر الله أنه أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا فى قوله تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا[1] » ، غير أن الشارع لم يحدد له معنى خاصاً كما حدد معانى غيره من الألفاظ ، كالصلاة والزكاة والربا والنكاح ، بل تركه لما يتعارفه الناس فيه ، فالعربى الذى نزل القرآن بلغته حينما يسمع لفظة المال يفهم المراد منها كما يفهم ما يراد بلفظ السماء والأرض ، ولذلك نجد بعض أصحاب المعاجم اللغوية يقول : « المال معروف » ، ومنهم من بين معناه .

والذى يؤخذ منها : أن المال فى لغة العرب ، هو الشىء الذى يحوزه الإنسان بالفعل بحيث ينفرد به عما سواه .

وعلى هذا لا يسمى الشىء الذى لم يدخل فى حيارة الإنسان مالا فى اللغة ، كالصيد فى الفلاة ، والطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والمعادن فى باطن الأرض .

---

(١) سورة الكهف : ٤٦ .

وأما الفقهاء فقد ورد عنهم في تعريف المال عبارات كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في مفهومها ومعناها، فكل واحد يريد أن يبين معنى هذا اللفظ، ويحدد المراد منه، لأن الشارع تركه من غير تحديد لمعناه، فجاءت بعض التعاريف واضحة جلية وافية بالغرض، والبعض الآخر فيه شيء من الغموض والقصور.

وأقرب هذه التعريفات وأحسنها ما قيل فيه: إن المال هو ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً.

وهذا التعريف يفيد أن مالية الأشياء تثبت بمجموع أمرين: - ١ - إمكان الحيازة، - ٢ - إمكان الانتفاع المعتاد به، فإذا فقد أحدهما أو كلاهما انتفت المالية.

فليس من المال ما لا يمكن حيازته، كضوء القمر، وحرارة الشمس، والأمور المعنوية كالشرف والذكاء والصحة، كما يخرج عنه الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلا، كالأشياء الفاسدة التالفة، مثل لحم الميتة، والطعام المسموم أو ينتفع بها انتفاعاً غير عادي كحبة من القمح أو الأرز، فإنها لا ينتفع بها وحدها.

ثم إن مالية الأشياء تثبت بتمول الناس كلهم أو بعضهم، وينبني على هذا أمران:

الأول: أن يكون الخمر والخنزير ونحوهما من الأموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها لغير المسلمين.

الثاني: أن الشيء إذا ثبتت ماليته لا تزول عنه إلا بترك الناس كلهم له، فلو ترك بعض الناس أشياء لأنها أصبحت غير صالحة لانتفاعهم بها، لكنها تصلح لانتفاع غيرهم، كالثياب القديمة، فإن اسم المال لا يزول عنها ما دام

إمكان الحيازة والانتفاع بها موجوداً بالنسبة لبعض الناس

مالية الأشياء غير المادية « المنافع والحقوق » : الأشياء التي ينتفع بها الإنسان أنواع ثلاثة : ١ ـ أعيان : وهي الأشياء المادية التي لها مادة وجرم ، ٢ ـ منافع : وهي الفائدة المقصودة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب السيارة ، ولبس الثوب ، وما شاكل ذلك ، ٣ ـ حقوق وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع ، وهي قد تكون متعلقة بمال ، كحق الشرب والمرور والتعلي ، وقد لا تكون متعلقة بمال ، كحق الحضانة للأم على الصغير ، وحق الزوج على زوجته مثلا(١) .

وقد اتفق الفقهاء على أن الأعيان أموال إذا أمكن حيازتها ، والانتفاع بها ، كما اتفقوا على أن الحقوق المتعلقة بغير المال كحق الحضانة ، وحق الولاية

---

(١) الحق في اللغة هو الأمر الثابت الموجود ، وله معان أخرى ، والفقهاء استعملوه فيما ثبت لألانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه ، ولذا يطلقون على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها من غيرك ، أو بذلها أو التنازل عنها ، فيطلق على الأعيان المملوكة ، ويطلق على الملك نفسه ، وعلى المنافع والمصالح ، وهذا الإطلاق عام ؛ وقد يستعملونه في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة فيكون خاصاً ، والمراد به حينئذ المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه .

وقد قسموا الحقوق عدة تقسيمات . فقسموها مرة إلى حقوق مجردة وغير مجردة ، وأخرى إلى حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط ، وقسموا التي تقبل الإسقاط إلى ما يصح الاعتياض عنها ، وإلى ما لا يصح فيها ذلك ، كما قسموها إلى حقوق متعلقة بالمال ، وحقوق متعلقة بغير المال ، والأصوليون قسموها إلى حقوق خالصة لله ، وحقوق خالصة للعباد ، وحقوق مشتركة وحق الله غالب ، وحقوق مشتركة وحق العبد غالب .

على القاصر ليست بمال ، واختلفوا فى الحقوق المتعلقة بالمال ، والمنافع(١) على رأيين :

فذهب الحنفية إلى أنها ليست بمال ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، لأنها معدومة ، وإذا وجدت تفنى شيئاً فشيئاً .

وذهب الأئمة الآخرون إلى أنها أموال ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها ، ولأنها هى المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت ، ولأن الطبع يميل إليها ، وهذا الرأى أوجه من سابقه لاتفاقه مع العرف العام فى المعاملات المالية .

وثمرة هذا الخلاف تظهر فى مسائل من الغصب والميراث والإجارة(٢) .

فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة ثم رده إلى صاحبه فإنه يضمن قيمة المنافع عند غير الحنفية ، وعندهم لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب عينا موقوفة ، أو مملوكة ليتيم ، أو شيئاً معداً للاستغلال (٣) .

وإذا استأجر شخص داراً مدة معينة ، ثم مات قبل إنتهاء مدة الإجارة ، فعند الحنفية ينتهى العقد بموت المستأجر ، لأن المنفعة ليست مالا حتى

---

(١) يلاحظ أن المنافع المختلف فيها هنا هى الأعراض المقابلة للأعيان كما مثلنا من قبل ؛ وأما ثمرة الأعيان المتولدة منها كالثمرة الناتجة من الشجر والزرع الثابت فى الأرض فإنه لا خلاف فى كونها مالا لأنها يمكن حيازتها وإن اختلف الفقهاء فى شمول المنافع لها . راجع كتابنا الوقف والوصية بين الفقه والقانون فى بحث الوصية بالمنافع .

(٢) عدها أبو زيد الدبوسى فى كتابه تأسيس النظر ص ٦٢ فراجعها .

(٣) كان الحكم عند متقدمى الحنفية عاما وهو عدم الضمان ، فلما رأى المتأخرون ضعف سلطان الدين على النفوس . والناس تجارؤوا على الغصب وهم آمنون من الضمان أفتوا بالتضمين فى هذه المواضع الثلاثة زجراً للناس عن التعدى ، وهذا المعنى موجود الآن بالنسبة لكل المنافع فينبغى الإفتاء بالضمان فى كل غصب .

تورث ، وغير الحنفية يقولون : إن الورثة يحلون محل مورثهم حتى تنتهى مدة الإجارة (١) .

أنواع المال : عنى الفقهاء ببيان أنواع المال لأن الأحكام تختلف تبعاً لاختلاف أنواعه ، فقسموه عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة فقسموه باعتبار ماله من حرمة وحماية إلى متقوم وغير متقوم ، وباعتبار استقراره فى محله وعدم استقراره إلى عقار ومنقول ، وباعتبار تماثل أجزائه وآحاده وعدم تماثلها إلى مثلى وقيمى .

المتقوم وغير المتقوم : (٢) ما يصدق عليه اسم المال شرعا منه ما هو مباح لنا الانتفاع به، ومنه ما هو محرم علينا ، وما أبيح الانتفاع به إذا حازه شخص وملكه جعل الشارع له حماية وحرمة لحق مالكه .

---

(١) المال فى اصطلاح القانون ، كان يراد به فى القانون المدنى القديم « كل شىء نافع للانسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره ويكون محلا للحقوق »،وفى القانون الجديد أصبح يراد به « الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء أكان ذلك عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » ... أما الشىء سواء أكان مادياً أم غير مادى فهو محل ذلك الحق . راجع شرح القانون المدنى الجديد للدكتور كامل مرسى .

(٢) هذا التقسيم غير موجود فى القانون ، ولكن يوجد تقسيم يشبهه فى بعض الوجوه ، فالمادة — ٨١ — من القانون المدنى الجديد تنص على أن : ١ — كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية، ٢ — والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية . فبناء على هذا يمكن القول بأن فكرة عدم التقوم للمال موجودة فى القانون غير أنها ليست مستندة إلى تحريم الشارع ، بل مبناها منع التعامل قانوناً .

فإذا توفر للمال الحيازة بالفعل وإباحة الانتفاع فى حالة الاختيار سمى عند الفقهاء بالمتقوم ، وإذا انعدم أحدهما كان المال غير متقوم .

فالمال المتقوم : هو ما حيز بالفعل وجاز الانتفاع به شرعاً فى حالة الاختيار .

وغير المتقوم : ما ليس كذلك فيشمل ما أبيح الانتفاع به قبل حيازته ، كالمال المباح ، وما حيز لكن لا يباح الانتفاع به فى غير حالة الضرورة ، كالخمر والخنزير فى حيازة المسلم ، وأما إذا كانا فى حيازة ذمى فيكونان مالا متقوما فى نظر بعض المذاهب الفقهية(١) .

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى موضعين :

الأول : فى الضمان عند التعدى ، فالمتقوم يضمنه المتعدى عليه بالمثل أو بالقيمة على حسب نوعه ، وغير المتقوم لا يضمن متلفه شيئاً حيث لا حرمة له .

الثانى : فى صحة التصرف وعدمها ، فالمتقوم يصح التصرف فيه بالبيع والهبة والإجارة وغيرها ، وغير المتقوم لا يصح التصرف فيه بشىء من ذلك،

---

(١) فى كشف الأسرار للبزدوى ج ٤ ص ١٥٤١ تفصيل لمذاهب الفقهاء فى هذا الموضوع خلاصته : إذا تعدى شخص على خمر أو خنزير لذمى هل يضمنها أولا ؟

فأبو حنيفة يوجب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً غير أن المسلم يضمنها بقيمتها والذمى بمثلها ، لأنها ما دامت متقومة فى حقهم كانت معصومة فتضمن ، وذهب المالكية والصاحبان من الحنفية إلى وجوب الضمان أيضاً ولكن بالقيمة مسلماً كان المتلف أو ذمياً .

وذهب الشافعى وأحمد إلى عدم وجوب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً .

فلو باع مسلم خمراً أو خنزيراً كان هذا البيع غير صحيح ، ولو كان المتصرف ذميا صح منه لتقومهما فى حقه (١) .

العقار والمنقول[٢] لا نزاع بين الفقهاء فى أن الأعيان المالية تنقسم إلى عقار ومنقول وأنه لا ثالث لهما كما لا نزاع بينهم فى أن مالا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر عقار ، وأن مالا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته منقول ، وإنما النزاع بينهم فيما يمكن نقله مع تغير فى صورته وهيئته عند النقل كالبناء والأشجار هل هو عقار أو منقول ؟

فالحنفية يقولون : إنه منقول ، والمالكية جعلوه من العقار ، وعلى هذا يعرف العقار عند الحنفية : بأنه مالا يمكن نقله وتحويله أصلا ، وهذا لا يصدق إلا على الأرض خاصة .

والمنقول عندهم : هو ما يمكن نقله سواء بقى على صورته الأولى كالحيوانات والمعادن من الذهب والفضة والحديد ، أو تغيرت صورته وهيئته كالأشجار والبناء .

والمنقول عند المالكيه : هو ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى والعقار ما عدا ذلك ، فيدخل فى العقار الشجر بأنواعه والبناء .

---

(١) يقول الامام محمد بن الحسن فى كتابه « الأصل » جـ١ صـ ٢٢١
وأما الخمر والخنزير فانى أجيز بينهما بين أهل الذمة لأنها أموال أهل الذمة ، أستحسن ذلك وأدع القياس فيه . من قبل الأثر الذى جاء فى نحو من ذلك عن عمر . يشير الى قول عمر : « ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها » .

(٢) هذا التقسيم موجود فى القانون غير أنه توسع فى العقار فأدخل فيــه بعض المنقولات وسماها عقاراً بالتخصيص ، كما أدخل بعض الحقوق العينية المترتبة على العقار ثم رتب آثاراً كثيرة على هذا التقسيم راجع مادتى ـ ٨٢ ، ٨٣ من المدنى الجديد .

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى كثير من الأحكام عند التطبيق ، منها الشفعة وتصرف الوصى فى مال الصبى ، وبيع أموال الدين المحجور عليه بسبب الدين وتصرف المشترى فى الشيء المشترى قبل قبضه ، فإنها تختلف باختلاف المال وتنوعه إلى عقار ومنقول (١)

المثلى والقيمى نسبة إلى المثل والقيمة

المثلى : هو ماله مثل ونظير فى الأسواق من غير تفاوت فى أجزائه أو وحداته يعتد به ، كالمكيلات والموزونات . والعدديات المتقاربة من البرتقال والليمون والبيض وغير ذلك ، والثياب المصنوعة من قماش معين ، ومقاس معين والأحذية ، والجوارب المتحدة النوع ، وأدوات الأكل ، وأوانيه . والكتب المطبوعة الموجودة فى السوق .

والقيمى : هو ما ليس له نظير أصلا كالتحف النادرة ، أو ماله نظير ولكن بينهما تفاوت يعتد به فى التعامل ، كالحيوانات والأشجار والبناء ، والعدديات المتفاوتة . كالمانجو والبطيخ ونحوهما ، والأحجار الكريمة كالماس والياقوت ، والكتب المخطوطة .

ومنه الأموال المثلية التى انقطعت من السوق ، ككتاب مطبوع معين نفذت نسخة من السوق .

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى بعض الأحكام ، ففى ضمان العدوان يضمن المال المثلى بمثله مادام موجوداً ، فإذا تعذر ذلك ضمن بقيمته ، والقيمى يضمن بقيمته ابتداء لتعذر المماثلة .

---

(١) إذا أردت توضيح ذلك فارجع إلى كتابنا نظام المعاملات فى الفقه الاسلامى ص ٩٧ وما بعدها .

وأن المال المثلى يتعين بالوصف غالباً ،وقد يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها بخلاف القيمى فإنه لا يتعين بالوصف .

وينبنى على هذا الفرق فرق آخر ،وهو أن المال المثلى إذا كان متعيناً بالوصف يثبت فى الذمة فى المعاملات فيؤدى بمثله ،وأما القيمى فلا يثبت فى الذمة(١) فأداؤه يكون بعينه وذاته المشار إليها ،

---

(١) هذا هو المشهور عند الفقهاء . والتحقيق أن صلاحية المال القيمى لثبوته فى الذمة موضع خلاف بين الفقهاء .

فأهل الظاهر والمزنى ذهبوا إلى أن المال القيمى بجميع أنواعه يصلح أن يكون دينا فى الذمة كالمثلى ، ولذلك أجازوا القرض فى كل مايجوز تملكه بهبة أو غيرها ، وأن الواجب فيه رد مثله إن كان له مثل حقيقة أو مثله صورة وخلقة كما فى الحيوان

يقول ابن حزم فى المحلى جـ٨ ص٨٢ :« والقرض جائز فى الجوارى والعبيد والدواب والدور والأرضين وغير ذلك لعموم قوله تعالى « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى » قال : وقولنا هذا قول المزنى وأبى سليمان ومحمد بن جرير وأصحابنا ومنع من ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعى فى الجوارى خاصة الخ

هو الاطلاق الذى ينسبه إلى المذاهب غير مسلم .

لأن الحنابلة والشافعية عندهم رأيان رأى يجوز القرض فى كل مال ،وآخر لايجوزه فيما لاينضبط ومالا مثل له . كما فى المغنى ونهاية المحتاج .

والمالكية يرون أن كل ماينضبط فى عرف محل العقد يصلح أن يكون دينا فى الذمة من كل مكيل وموزون ومزروع والثياب والحيوان ،كما فى الشرح الكبير باب القرض والحنفية لم يجوزوا القرض إلا فى المثليات ، وأما السلم فجوزوه فى كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره . فالقاعدة عندهم أن كل مايجوز السلم فيه يصلح أن يكون دينا فى الذمة لأنهم صححوا السلم فى اللبن والآجر والثياب والسمك الطرى والمملح ولا يصح فى الحيوان واللحم والجواهر الخ .

ومبنى الخلاف فى أصل المسألة ـ فيما يثبت فى الذمة من الأموال ـ هو اختلافهم فى

كما يظهر الفرق بينهما أيضاً فى قسمة المال المشترك ، فإن القسمة فيها معنيان إفراز الحقوق وتمييزها ، والمبادلة أى تبادل الأنصباء بعضها ، إلا أن معنى الإفراز راجح فى قسمة المال المثلى، ومعنى المبادلة أرجح فى قسمة القيمى، ومن هنا جاز لكل شريك بعد القسمة أن يأخذ نصيبه فى غيبة الشريك الآخر ، وبدون إذنه إذا كان المقسوم مثلياً ، لعدم التفاوت فى الأنصباء ، أما إذا كان قيمياً فلا يجوز له ذلك للتفاوت بين النصيبين .

التعريف بالملك : عرفنا من الكلام على المال أنه مخلوق لأجل الإنسان، وأن المالية لاتثبت للشىء إلا بتمول الناس له ، وأن تقومه يكون بحيازته مع إباحة الانتفاع به ،فيكون إذاً هناك علاقة بين الإنسان والمال ، هذه العلاقة هى التى تكسبه خواصه المالية السابقة ، وخواصه الشرعية التى أقرها الشارع من صحةالتصرفات فيه ، ووجوب ضمانه عندالاعتداء عليه ، وقد قرر الشارع هذه العلاقة ، وجعلها الملك ، فإذا ثبتت أكسبت كلا من المال والإنسان وصفاً جديداً لم يكن موجوداً قبلها ، فيصبح الإنسان مالكا ، والمال مملوكا . فالملك إذاً معنى نسبى يعين الصلة بين الإنسان والمال ، والملكية نسبة إلى الملك .

والملك فى لغة العرب : هو حيازة الإنسان للمال مع الاستبداد به . أى الانفراد بالتصرف فيه .

= الواجب بالقرض أهو رد مثل المقترض أم يكفى رد قيمته إذا لم يكن له مثل . فمن ذهب إلى أن الواجب رد المثل لم يجوز القرض فيما لا مثل له ، فلا يثبت فى الذمة غير المثلى، ومن اكتفى برد القيمة ذهب إلى جواز القرض فى غير المثلى، فيثبت فى الذمة عنده المثلى وغير المثلى على حد سواء .

وللفقهاء فى تعريفه عبارات كثيرة (١) تختلف فى مزاياها ونقصانها ، ففى كل منها مزية ونقص ، ولكنها تؤول فى النهاية إلى أن الملك علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشارع تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكافة التصرفات مالم يوجد مانع يمنع من هذا التصرف .

ونحن نستخلص من جملة التعريفات التعريف الآتى :

الملك هو اختصاص بالشىء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعى »

فإذا حاز الشخص المال بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، وهذا الاختصاص يبيح لصاحبه الانتفاع به ، والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعى يمنعه من التصرف ، كالجنون أو العته أو السفه مثلا ، ويمنع الغير من الانتفاع بهذا المال ، أو التصرف فيه إلا إذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف . من ولاية أو وصاية أو وكالة ، وعلى هذا لايكون ولى القاصر ، أو القيم على المجنون أو المعتوه ، أو الوصى مالكا لما يتصرف فيه ، بل المالك هو القاصر أو المجنون ، ولولا هذا العارض الذى عرض له لملك التصرف أيضاً .

ثم إن الملك كما يطلق على هذه العلاقة وهى الملكية (٢) يطلق كذلك على

---

(١) راجع فتح القدير والبحر الرائق أول كتاب البيع ، والفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٠٨ وما بعدها فى الفرق ١٨٠ ، وتهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٣٤ وما بعدها .

(٢) ومعنى الملكية فى القانون المدنى قريب من معناه فى الشريعة فالمادة — ٨٠٢ تقول لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » والدكتور كامل مرسى فى شرحه للقانون ص ٢١٥ يقول : « الملكية حق بمقتضاه =

الشيء المملوك فتقول : هذه السيارة ملكي ، أي مملوكة لي(١) ، ومن هذا المعنى قول فقهاء الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال ، وعلى هذا يكون الملك أعم من المال عندهم

المال والتملك : قدمنا أن المال ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد ، وهذا يفيد أن المال بطبيعته قابل للتملك ، لكن قد يعرض لبعض أنواعه عارض يجعله غير قابل لذلك في جميع الأحوال ، أو في بعضها ، وحينئذ يتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع .

١ ــ نوع لا يقبل التملك ولا التمليك بحال من الأحوال . مثل الأشياء المخصصة للمنافع العامة ، كالطرق العامة والجسور ، والسكك الحديدية ، والأنهار العظيمة ، والمكتبات العامة والمتاحف والحدائق العامة وغيرها ، فهذه الأشياء غير قابلة له ما دامت مخصصة للمنافع العامة ، فإذا ما زالت عنها هذه الصفة العامة عادت إلى حالتها الأصلية ، وهي قابليتها للتملك ، فمثلا الطريق العام إذا استغنى عنه ، وشق طريق آخر بدله فإنه يعود إلى قبوله التملك .

٢ ــ نوع لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي ، كالأعيان الموقوفة ، وأملاك بيت المال ، وهي المسماة في العرف القانوني باسم « الأموال الحرة » ، فالوقف

= يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بكل التصرفات في حدود القانون » .

(١) وهذا المعنى هو ما أراده أصحاب المجلة العدلية من تعريفهم للملك « بأنه ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع » مادة ــ ١٢٥ .

لا يصح بيعه إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من غلاته مثلا ، وملك الحكومة « بيت المال » لا يجوز بيعه إلا لضرورة كاحتياج بيت المال إلى ثمنه أو رغب فيه راغب بضعف ثمنه ، وقيل إذا رأى ولى الأمر المصلحة فى ذلك لماله من الولاية العامة .

٣ — نوع يصح تملكه وتمليكه . وهو ما عدا هذين النوعين :

أنواع الملك : الاختصاص بالشيء الذى هو معنى الملك إما أن يقع على ذات الشيء « عينه ورقبته » ، ومنافعه معاً ، أو يقع على منافعه فقط ، أو يقع على ذاته فقط . فإذا وقع على أحدهما كان ملكا ناقصاً ، وإذا وقع عليهما كان تاماً ، ومن هنا انقسم الملك إلى تام وناقص .

فالملك التام : هو ما ثبت لذات الشيء ومنفعته معاً بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة .

والملك الناقص : هو ما ثبت لواحد منهما فقط ، وهو نوعان . ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها ، ويسمى حق الانتفاع ، وهذا الأخير يتنوع إلى نوعين باعتبار ما يتعلق به ؛ لأنه إما أن يكون ثابتاً لشخص ، أو لعين .

فالأول يتعلق ابتداء بالمنتفع ، فيكون له فقط ، ولا ينتقل منه إلى غيره إلا فى بعض صور « سيأتى تفصيلها عند الكلام عليه » ، والثانى يتعلق بعين العقار المقرر له هذا الحق ، وهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار كيفما كان مالكه ، فهو يثبت أولا للعقار ، ثم يثبت لمن ملكه تبعا لثبوته للعقار ، ولذلك ينتقل مع العقار كحق المرور إلى دار معينة فى طريق خاص ، وكحق

الشرب لأرض الثابت على أرض أخرى ، فإنه يثبت لمن ملك الدار أو الأرض فإذا لاحظنا هذين النوعين يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع .

١ — ملك العين فقط .

٢ — ملك المنفعة فقط ، ويكون الانتفاع حقاً شخصياً (١) . أى لشخص معين .

٣ — ملك المنفعة وحدها ، ويكون حق الانتفاع عينياً ، أى تابعاً للعين ويثبت لمن مالك العين تبعاً لملكية العين .

هذا ولكل من الملك التام والناقص بأنواعه خصائص وأحكام يختص بها دون سواه ، كما أن لكل منها أسباباً يثبت بها ، وإليك بيانها .

الملك الناقص وأنواعه : النوع الأول وهو ملك العين وحدها .

هذا النوع يوجد إذا كانت العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لآخر ، وهو أقل أنواع الملك الناقص وجوداً ، لأنه جاء على خلاف القواعد فى الملك ، لأن المقصود من ملك العين هو الانتفاع بها ، فإذا ثبت ملك العين بدون الانتفاع

---

(١) هذا الإصطلاح فى الحق العينى والشخصى غير اصطلاح القانون فيهما ، فإن الحق العينى كحق الملكية وحق الانتفاع ، والحق الشخصى كالذمامات ، أى الديون التى للشخص على الغير ، وكلاهما يكون العنصر الايجابى فى الذمة المالية ، وسمى الحق الأول عينياً ، لأنه متعلق بالعين ، وصاحبه لايستعمله قبل شخص معين ، بل يستعمله قبل جميع الناس ، وسمى الثانى شخصياً ، لأنه متعلق بشخص المدين ، وصاحبه لا يستعمله إلا بواسطة شخص آخر يؤديه اليه ، ويسمى ذلك الشخص المدين .

كان ذلك شاذاً ، إلا أنه تسومح فيه تشجيعاً على أعمال البر فى نهاية الحياة بحيث إنه لا يثبت إلا فى صورتين من صور الوصية .

الأولى : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص طول حياته ، أو مدة معلومة ، ومات الموصى ، فإن ملك العين ينتقل إلى الورثة ، وللموصى له إذا قبل الوصية ملك المنفعة طول حياته ، أو المدة المحددة ، وعلى الورثة تسليم العين للموصى له بالانتفاع ، فإن امتنعوا أجبروا على ذلك ، وبعد انتهاء مدة الوصية ، أو موت الموصى له يصبح ملك الورثة ملكا تاماً ، وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المحددة وجب على ورثته تسليم العين لورثة الموصى عند الحنفية ، لأن المنفعة لا تورث عندهم ، ومن هنا تعلم أن ملك العين فقط يؤول إلى ملك تام بخلاف ملك المنفعة فإنه ناقص دائماً .

الثانية : إذا أوصى شخص بداره ، أو أرضه مثلا لشخص وبمنفعتها إلى شخص آخر ، وبعد موته قبل كل منهما الوصية ، فإن ملك كل منهما ناقص ، وتسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفى حقه ، فإذا انتهى عادت إلى مالك العين ، ويصبح ملكه تاماً .

وعلى ذلك نقول : إن ملك العين وحدها يثبت بالميراث فى صورة الوصية بالمنفعة وحدها ، وبالوصية فيما إذا أوصى بالعين لشخص وبالمنفعة لآخر .

أما خصائصه : فإن صاحبه ليس له الانتفاع بأى وجه لا بنفسه ولا بتمليكه لغيره ، وليس له التصرف فى العين تصرفاً يضر بمالك المنفعة ، وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة إلا بإذنه عند الحنفية ، وعند غيرهم يجوز بيعها بدون إذنه ، وتنتقل ملكيتها محملة بحق مالك المنفعة ، وعليه سار قانون الوصية ، وإذا مات تورث عنه ، ولا ينتهى ملكه إلا بموته أو بهلاك العين

نفسها ، أو بتمليكها لغيره ، وإذا أتلف العين ضمن قيمة المنفعة لمالكها له ونفقات العين اللازمة لاستيفاء المنفعة والضرائب المقررة عليها تكون على مالك المنفعة (مادة ٥٨ من قانون الوصية) .

النوع الثاني وهو ملك المنفعة ، أو حق الانتفاع الشخصي .

وقبل بيان أسباب هذا النوع وخصائصه نعرض لمسألة يثيرها الفقهاء فى هذا الموضوع ، وهى: هل ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد أو متغايران

فالحنفية لا يرون فرقاً بينهما ويقولون : إن هذا الحق قد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملك غيره هذه المنفعة ، كما إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيفما يشاء ، فإن للموصى له أن يسكنها بنفسه ، أو يسكن غيره فيها بأجر أو بغير أجر ، وقد يكسبه الانتفاع بنفسه فقط ، كما إذا وقف شخص داره لسكنى الطلبه الفقراء أو الغرباء ، فإن من ثبت له هذا الحق لا يملك أن يملكه لغيره ، وكما فى حق الانتفاع بالمنافع العامة ، فإن من له الحق فى دخول مدرسة أو جامعة أو مصحة ليس له الحق فى ان يملكه لغيره ، وكذلك حق الانتفاع الثابت لشخص بإذن خاص من مالك العين ، كما إذا أذن شخص لصديق له أن يركب سيارته ، أو ينزل ضيفاً عليه فى بيته ، فإن الشخص المأذون له فى ذلك لا يملك تمليكه لغيره ، ومثال ذلك كثير .

فمن هذا ترى أن هذا الحق قد يكون مطلقاً عن القيود ، كما فى النوع الأول وقد يكون مقيداً كما فى النوع الثانى ، وأن الإطلاق والتقييد فيه ليس راجعاً ، إلى اختلاف نوع الحق ، وإنما يرجع إلى السبب الذى أثبت هذا الحق ، فإذا كان السبب مقيداً اقتصر استفتاء الحق على صاحبه ، وإن كان غير مقيد لا يقتصره بل له أن يستوفيه بنفسه ، وله أن يملكه لغيره .

وذهب فريق آخر من الفقهاء منهم المالكية إلى التفرقة بينهما ، فملك المنفعة اختصاص حاجز للغير يبيح لمن ثبت له أن يستوفى المنفعة بنفسه ، وأن يملكها لغيره ، فمثلا المستأجر ملك المنفعة بهذا العقد واختص بها ، وهذا الاختصاص جاز لغيره عنها ، فله أن يستوفيها بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ، وأما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة بالانتفاع جاءت نتيجة إذن عام كحق الانتفاع بالمنفعة العامة ، كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو اذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص معين إذا أذن صاحبه كركوب سيارة الغير أو القراءة فى كتبه ، أو السكنى فى بيته بإذنه ، وهذا الحق لا يفيد ملكا للمأذون له حتى يملكه لغيره .

وعلى هذا المذهب يكون لحق الانتفاع سببان :

أحدهما : كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لمنفعة الناس كلهم كالطرق والأنهار أو مخصصة لفريق خاص ، كالمدارس المخصصة للطلاب ، والمصحات المخصصة للمرضى .

وثانيهما : إباحة المنفعة من مالك العين سواء كانت لشخص معين باسمه أو غير معين كما إذا أذن شخص للغرباء بالنزول فى داره(١) .

---

(١) هكذا قرر هذه المسألة الكاتبون فى الفقه الإسلامى من الفقهاء المحدثين فى هذا العصر ، وسندهم فى ذلك ما جاء فى كتاب الفروق للقرافى ص ١٨٧ جـ ١ ، وتهذيبه المطبوع بهامشه ص ١٩٣ جـ ١ فى « الفرق الثلاثين بين قاعدة تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة » ، وفيه أن تمليك الانتفاع هو الإذن فى أن يباشر الانتفاع بنفسه ، وتمليك المنفعة هى الإذن فى أن يباشرها بنفسه وأن يملكها لغيره ، فهو أعم وأشمل من الأول .

وأما ملك المنفعة فيثبت بأسباب أربعة : الإجارة والإعارة ، والوقف والوصـــية .

وعلى المذهب الأول تكون أسباب ملك المنفعة أو حق الانتفاع هذه الأربعة مضافاً إليها الإباحة ، وهي(١) الإذن بالانتفاع من غير تعاقد سواء كان صادراً من مالك العين أو كان أذناً عاماً كما في الانتفاع بالمنافع العامة .

= فهذه العبارة كما ترى تسمى كلا منهما ملكا إلا أن الانتفاع قاصر على صاحبه يستوفيه بنفسه ، وبهذا لايقتصر ثبوته على السببين المذكورين ، بل قد يثبت بغيرهما إذا قيد بذلك ، على أن هذا الخلاف لا ثمرة له ؛ حيث أن الكل متفق على أن من ملك الانتفاع بنفسه لايملك تمليكه لغيره ، فتسميته بعد ذلك بحق انتفاع ، أو بملك منفعة لا أثر له .

وفي تهذيب الفروق جـ ٣ ص ٢٣٤ عند تعريف الملك مايفيد أن المسألة فيها رأيان الأول : أن الملك لايتناول الإذن بالانتفاع ، والثاني : أنه يتناوله ، وقال وهو الصحيح . فليراجع .

(١) هذا هو معنى الاباحة الخاص بالمنفعة ، ولكن الاباحة كما تكون واردة على المنفعة تكون واردة على ذات المال ، وحينئذ تعرف الإباحة بأنها الإذن أو الترخيص لإنسان في أن ينتفع بالمال أو يستهلكه لا على وجه التعاقد ، وهذا الإذن قد يكون من الشارع ، كما في إباحة الانتفاع بالمنفعة العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في المدارس ، أو استهلاك المـــاء من الأنهار العامة ، والدواء من المصحات العامة .

وقد يكون الإذن خاصاً ، ويكون في الأموال المملوكة لشخص معين إذا أذن لغيره أن ينتفع بها كالاذن بركوب السيارات الخاصة أو البيات في داره ، أو أذن له باستهلاك ماله ، كالإذن في أكل طعامه ، والإباحة سواء كانت واردة على المنفعة =

وأياً ما كان الخلاف فى التفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، والاختلاف فى عد الأسباب الموجبة له، فنحن نتكلم عن هذه الأسباب موضحين مدى الفرق بين ما يثبت بكل واحد منها .

أما الإجارة : « وهى تمليك المنفعة بعوض » فإن المستأجر يملك بها المنفعة المنصوص عليها فى العقد ، ولا يملك ما يخالفها قوة ، فلو استأجر أرضاً للزراعة فلا يملك البناء عليها ، ومن استأجر سيارة ليركبها ليس له أن يستعملها فى نقل الأخشاب أو الأحجار مثلا ، وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير عوض بشرط أن تكون المنفعة مما لا تختلف باختلاف المنتفع سواء شرط عليه المؤجر الانتفاع بنفسه فقط أولا ، وأما إذا كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين وأذن له المؤجر أن يملكها لغيره جاز له ذلك ، وهذا لأن الإجارة ترد على منفعة معلومة ، فلو ملك غيره المنفعة التى تختلف باختلاف المنتفعين كان تمليك غير المتفق عليه ، وهو لا يجوز بدون إذن المالك .

وأما الإعارة : « وهى التبرع بالمنفعة بغير عوض » فقد اختلف فقهاء الحنفية فى إفادتها ملك المنفعة للمستعير ، فذهب بعضهم إلى أنها لا تفيد تمليكا ، بل تبيح للمستعير أن ينتفع بالعين مع بقاء منفعتها على ملك المعير ، وعلى هذا الرأى لا يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره لا بعوض ولا بغير عوض ، وذهب الجمهور منهم إلى أنه يملك المنفعة بهذا العقد ، وعلى هذا يجوز له أن

= أو على نفس المال تفيد الملك للمباح له على الرأى الراجح فى مذهب الحنفية ، وهناك رأى آخر يقول ، إنها لا تفيد الملك ، بل الشخص المباح له ينتفع أو يستهلك العين وهى على ملك مالكها .

يملكها لغيره بطريق الإعارة فقط ما لم يمنع من ذلك مانع كشرط المعير ألا يعيرها لغيره ، أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين فإن لم يشترط وكانت المنفعة لا تختلف جاز له الإعارة لغيره حتى وإن نص فى العقد على أنه يستعيرها لينتفع بها بنفسه ، وليس له أن يملكها لغيره بعوض بطريق الإجارة ، لأن الإعارة عقد غير لازم ، والإجارة عقد لازم ، فلو جاز له الإجارة لاقتضى ذلك تغيير الوصف الشرعى لأحد العقدين ، فتكون الإعارة لازمة ، أو الإجارة غير لازمة ليتوافق العقدان ، وهذا لا يصح لما فيه من تغيير المشروع ، والشافعية موافقون للحنفية فى هذا .

ولكن المالكية (١) خالفوهم فأجازوا للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بالإجارة أو الإعارة ، لأن من يملك المنفعة يكون له حرية التصرف فيها فى مدة الإعارة بشرط ألا يضر بالعين المستعارة . حيث إن عقد الإعارة لازم فى مدته لا يجوز للمعير إبطاله ، وعلى هذا يكون مبنى الخلاف فى هذه المسألة هو الخلاف فى لزوم عقد الإعارة وعدم لزومه .

وأما الوقف (٢) **والوصية:** فيفيدان ملك المنفعة، فله أن يستوفيها بنفسه أو يملكها لغيره بعوض ، أو بغير عوض على تفصيل واختلاف فى المذهب .

---

(١) جاء فى تهذيب الفروق فى الفرق ٣٠ « إن العارية تملك المستعير ما شهدت به العادة فمن شهدت له العادة فى العارية بمدة كانت له تلك المدة ملكا على الإطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة فى التصرف فى المنفعة فى تلك المدة ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب » ص ١٩٣ جـ ١ ، وراجع شرح رسالة بن أبى زيد للنفراوى ص ٤٩ جـ ٣ .

(٢) الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد وصرف منفعتها إلى من أراد الواقف ، والوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

لأن المملك وهو الموصى أو الواقف إما أن ينص على عموم الانتفاع بأن يقول: ينتفع بها كيف شاء، أو يقيده بالانتفاع بنفسه، أو بالاستغلال ويمنعه من الآخر، أو يقيده بواحد منهما بدون نص على المنع من الآخر، أو يطلق فى العبارة من غير تقييد بشىء، وهذه الصور اختلفت المذاهب فى أحكامها، ولسنا فى حاجة إلى ذكر تفاصيل المذاهب، بل نكتفى بذكر الرأى المعمول به الآن فى قانونى الوقف والوصية، وهو «أنه إذا نص على الأمرين معاً أو أطلق، أو نص على واحد منهما وسكت عن الآخر فإنه يجوز الأمران: الانتفاع بنفسه والاستغلال إذا لم يترتب على هذا ضرر بالعين الموقوفة أو الموصى بها، والمحكمة هى التى تقدر ذلك، هذا إذا كانت العين تحتمل الأمرين، أما إذا لم تكن تحتمل إلا الانتفاع بنفسه فقط، كالمصحات والمدارس الموقوفة مثلا، فإن الموقوف عليه لا يملك أن يملكها لغيره.

خصائص هذا النوع من الملك:

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصى بأحكام منها:

١ — أنه لا يكون مطلقاً، بل مقيداً، فيقبل التقييد ابتداء بالزمان والمكان والصفة، فلمعير السيارة لغيره أن يقيد المستعير بمدة شهر مثلا، وبمكان معين، كأن يقيده بأن يركبها فى الاسكندرية، ولا يخرج بها منها، وأن يركبها بنفسه، وكذلك من أجر سيارته أو داره لغيره له أن يقيده بزمان خاص وصفة خاصة، بخلاف الملك التام فإنه لا يتقيد كما سيأتى:

٢ — أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية فى جميع صوره، لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت، والمنافع ليست أموالا عندهم.

وخالفهم المالكية والشافعية والحنابلة فى بعض الصور ، كما إذا كانت الإجارة لمدة معلومة ومات المستأجر قبل انتهائها فإن الورثة يرثون ملك المنفعة فى المدة الباقية ، وكذلك إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره مدة معلومة أو استغلالها ومات الموصى له قبل انتهاء المدة ، فإن ورثته يملكون منفعة ذلك الشيء بقية المدة

وقد أخذ قانون الوصية(١) رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمذهب الحنفية ، بخلاف الملك التام فإنه يورث بالاتفاق .

٣ — إن مالك المنفعة يضمن العين إذا تعدى عليها ،ويضمن مقدار نقصانها إذا تعيبت بتعديه عليها(٢)، وذلك لأنه تعدى على ملك غيره ، وأما إذا هلكت أو تعيبت بلا تعد فإنه لا ضمان عليه ، لأن العين فى يده أمانة ، والأمين غير ضامن لحديث : « ليس على المستودع غير المغل ضمان » : والمغل الخائن .

٤ — إن نفقات العين قد تكون على مالك المنفعة إذا ملكها مجانا بالإعارة أو الوصية(٣) ؛ وقد تكون على مالك العين إذا ملكها بعوض بالإجارة ، فمن استأجر سيارة ليركبها تكون تكاليفها على مالك السيارة ، ولو استعارها تكون التكاليف على المستعير ، وفى الملك التام النفقات على المالك مطلقا .

ثم إن هذا النوع من الملك ينتهى بواحد من أمور :

١ — انتهاء مدة الانتفاع سواء كان بإجارة أو وصية أو وقف أو إعارة .

---

(١) مادة ٥٩ : ونصها «تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها : الخ .

(٢) والتعدى يكون إما بفعل مقصود به الاتلاف أو التعييب أو بتجاوزه الشروط التى قيده بها المالك، أو حبسها بعد استيفاء المنفعة من غير مانع من الرد أو بتهاونه فى حفظها :

(٣) هذا عند الحنفية، وعند المالكية والشافعية والحنابلة أن النفقة على مالك العين لأن المفروض أن المنتفع ملك المنفعة مجانا بدون عوض، فلو ألزمناه بالنفقة لما خلصت المنفعة مجانا ، وإذا كان ملك المنفعة بسبب الوقف فإن النفقة فى غلة الوقف إذا كان موقوفا للاستغلال ، وعلى الموقوف عليه إذا كان موقوفا للانتفاع على خلاف أيضا بين المذاهب .

٢ — وفاة من له حق الانتفاع عند الحنفية ، وأما غيرهم الذين يقولون بإرث هذا الحق فلا ينتهي هذا الحق إلا بانتهاء مدة الانتفاع كما بينا ذلك في خصائصه

٣ — وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة ، لأنها عقد إلزام والتزام ، وبموت مالك العين فات محل الالتزام ، وكذلك إذا كان بطريق الإعارة لأنها تبرع ، وهي ينتهي بموت المتبرع ، وأما في الوصية فيبدأ ملك المنفعة بقبول الموصى له بعد موت الموصي ، وفي الوقف كذلك لا ينتهي بموت الواقف ، لأنه إن كان مؤبداً فظاهر ، وإن كان مؤقتاً فينتهي الاستحقاق بانتهاء المدة ولا أثر لموت الواقف فيه .

٤ — هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب يتعذر معه استيفاء المنفعة ، كما إذا كانت أرضاً مستأجرة للزراعة فصارت سبخة ، أو طغى عليها الماء ، أو داراً مستأجرة للسكنى وتهدمت ، والمسألة موضع تفصيل عند الحنفية (١) .

وإذا انتهى حق الانتفاع وجب على المنتفع تسليم العين إلى مالكها عند طلبها

---

(١) تفصيل ذلك أن الهلاك إما أن يكون بتعد من المالك أو من غيره أو يكون بلا تعد ، والمنفعة المملوكة إما أن تكون ثابتة بالاعارة أو بالوقف أو بالوصية أو بالإجارة وفي الإجارة إما أن تكون منفعة عين بذاتها أو منفعة مطلقة ثابتة في ذمة المستأجر ، فإذا كان الهلاك بلا تعد منه أو من غيره فإن الحق ينتهي بهذا الهلاك لا فرق بين أن يكون السبب إعارة أو وقفاً أو وصية أو إجارة إلا إذا كان ذلك الحق ثبت ديناً في الذمة بالإجارة ، كأن يتعاقد على منفعة من غير تعيين عين تستوفى منها كما إذا تعاقد مع شخص على حمل أمتعته في سيارة ، فإن المعقود عليه هو الحمل الثابت في ذمة المؤجر ، فإذا حمل المتاع في سيارة ثم هلكت في الطريق لا يبطل العقد ، بل عليه أن يحضر سيارة أخرى لتوصيله إلى المكان المتفق عليه .

بخلاف ما إذا تعاقدا على حمله بسيارة معينة فانه يبطل بهلاك تلك السيارة ، وإذا كان الهلاك بسبب التعدي أو التقصير ففي الوقف والوصية يلزم شراء عين أخرى بالضمان المستحق على المتعدي ليستوفى منه الموقوف عليهم والموصى له بقية المنفعة . وكذلك في الإجارة إذا لم تكن على أرض بذاتها .

أما إذا كانت الإجارة على عين بذاتها أو كان سبب ملك المنفعة هو الإعارة فإنها تبطل بهلاك العين . راجع البدائع ج ٤ ص ٢٢٣ ورد المحتار ج ٥ ص ٥٨

إلا إذا كان التسليم يترتب عليه ضرر بالمنتفع أو بورثته ، كما إذا انتهت المدة وفى الأرض زرع لم ينضج، أو مات المنتفع كذلك، ففى هذه الحالة تبقى الأرض بيد المنتفع أو ورثته حتى يتم نضج الزرع لكن بأجر مثل الأرض فى هذ المدة الباقية(١). نظير ذلك ما إذا استأجر جماعه سفينة مدة معلومة وانقضت المدة وهم فى وسط البحر، فإنها تبقى بالأجر معهم حتى يصلوا إلى البر، وليس لصاحبها أن يكلفهم بتسليمها فى الحال وليس لهم أن يجبروه على ابقائها معهم أكثر من مدة وصولهم إلى البر، لأن الضرورة تقدر بقدرها، ومثل ذلك إذا استأجر شخص سيارة مدة للذهاب بها إلى مكان معين . فتعطل الطريق، ولم تصل السيارة فى الزمن المحدد تبقى بأجر المثل حتى يصل إذا كان لا يمكنه الوصول بغيرها ، أما إذا كان يمكنه بغيرها فلا يجبر صاحب السيارة على ابقائها معه .

النوع الثالث وهو حق الانتفاع العينى ويسمى حق الارتفاق(٢) .

وهى تسمية حادثة أطلقها قدرى باشا فى كتابه « مرشد الحيران » أخذاً من القانون ، والفقهاء لا يمنعون هذه التسمية .

وعرفوه : بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول ، ثم عدوا منه حق الشرب ، والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، وحقوق الجوار « الرأسى والجانبى » ، ولكن التعريف لا يصدق على حقوق الجوار ،

---

(١) هذا إذا كان انتهاء العقد بمضى المدة، أما إذا كان بموت المستأجر فإنه يجب الأجر المسمى استحسانا، وفى القياس يجب أجر المثل، ووجه القياس: أن العقد انفسخ حقيقة بالموت، وإبقاؤه لهذه الضرورة، فأشبه شبهه العقد، واستيفاء المنافع بشبهة العقد يوجب أجر المثل وفى الاستحسان يجب الأجر المسمى ، لأن التسمية وقعت بالتراضى ، وهى كانت متناولة لهذه المدة بخلاف انفساخه بمضى المدة ، فان التسمية لم تتناول هذه المدة فلم يوجد تراض منهما على المسمى فوجب أجر المثل : البدائع ج ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) الارتفاق فى اللغة: الاتكاء على مرفق اليد، ويطلق على ما يستعان به . جاء فى المختار المرفق والمرفق موصل الذراع من العضد، والمرفق أيضاً من الأمر ، وهو ما ارتفعت به وانتفعت ، ومنه قوله تعالى: «ويهيئ لكم من أمركم مرفقا». ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها

لأن حق الجوار الرأسي « التعلي » حق مقرر لشخص على بناء ، أو لبناء على بناء آخر ، والبناء ليس عقاراً إلا على رأى المالكية ، وحق الجوار الجانبي حق مقرر لشخص على عقار ، أو هي حقوق متبادلة بين الجيران لتنظيم الانتفاع بأملاكهم ، ولذلك تراهم يزيدون في التعريف لفظ « غالبا » .

والسبب في هذا هو أنهم نهجوا منهج القانون المدني ، وهو يعتبر حقوق الجوار كلها من حقوق الارتفاق (١) ، ويتوسع في معنى العقار حتى شمل البناء والأشجار وغيرهما مما هو تابع للعقار .

وإذا كنا نتكلم عن الحق العيني ، وهو المقرر لعين لا لشخص وسميناه بحق الارتفاق ، وعرفناه بالتعريف السابق ، فيحسن أن نقصره على حق الشرب والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، ليكون التعريف شاملا لها غير قاصر ، ثم نتبعه بالكلام على حقوق الجوار .

الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع السابق من وجوه :

١ — إن حق الارتفاق يكون دائما مقرراً على عقار ، وأما حق الانتفاع فقد يكون متعلقاً بعقار ، كما في وقف العقار أو الوصية به ، أو إجارته أو إعارته ، وقد يكون متعلقاً بمنقول كما في إعارة كتاب أو إجارة سيارة مثلا .

٢ ـ إن حق الارتفاق يكون مقرراً لعقار إذا قصرناه على الشرب والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، وإذا جعلناه شاملا لحقوق الجوار فقد يكون مقرراً لعقار ، وقد يكون لشخص ، وأما حق الانتفاع فإنه دائما مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه .

٣ ـ إن حق الارتفاق غير مؤقت بوقت ينتهي بانتهائه ، وأما حق الانتفاع فله وقت ينتهي بانتهائه . إما بالموت أو بانتهاء مدة الإجارة أو الإعارة مثلا .

---

(١) القانون المدني الجديد عرف حق الارتفاق في المادة ١٠١٥ ـ « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » .

٤ ـ هذا الحق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يجعلونه مالا ، لأنه تابع للعقار .

خصائص هذا النوع من الملك

لحقوق الارتفاق خصائص وأحكام عامة تشملها كلها ، ولكل واحد منها أحكامه الخاصة .

فأحكامها العامة هى أنها إذا ثبتت نبقى مالم يترتب على بقائها ضرر ، فإن ترتب عليها الضرر وجب إزالتها .

فمثلا إذا كان حق الشرب من الترعة العامة يترتب عليه ضرر ببقية المنتفعين يمتنع بمقدار ما يزيل الضرر ، وكذلك المسيل القذر فى الطريق العام يجب إزالته ، وكذلك السير بالسيارة فى الطريق العام إذا ترتب عليه ضرر منع . كمن يسير بسرعة كبيرة ، أو فى اتجاه غير الاتجاه المخصص للمرور ، لحديث ، « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام(١) » ، ومعناه : لا ينبغى لأحد أن يضر غيره ولا يضره غيره (٢) ، لأن المضاره تولد البغضاء والشحناء ، وهما منهى عنهما شرعاً ، ومن هذا الحديث قرر الفقهاء قاعدة عامة تقول : « الضرر يزال » .

الأسباب المثبتة لحقوق الارتفاق: هذه الحقوق كما تكون مقررة على عقار مملوك لشخص أو أشخاص تكون مقررة على عقار جعل للمنفعة العامة وكما تكون ثابتة فى وقت معين بسبب معلوم كذلك تكون ثابتة فى وقت يجهله الناس ، وبسبب غير معلوم . لذلك تثبت بأسباب كثيرة منها .

١ ـ الشركة العامة كما فى العقارات المقررة للمنافع العامة كالطرق العامه والأنهار

---

(١) هذا الحديث رواه مالك فى الموطأ .(٢) جاء فى المنتقى ج ٦ ص ٤٠ فى شرح هذا الحديث : يحتمل أن يريد به التأكيد ، فيكون الضرر والضرار واحداً ، ويحتمل أن يريد به لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ، ولا يجوز له إضراره بغيره ، وقيل الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة . والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، ويحتمل أن يكون معنى الضرر أن أحد الجارين بجاره . والضرر أن يضر كل واحد منهما بصاحبه اهـ ملخصاً .

والترع العامة التى لا تدخل فى ملك أحد ، ومثلها المصارف العامة ، فإن هـذه يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، حتى كان لأصحاب العقارات أن يمروا من هذه الطرق ويسقوا أراضيهم من تلك الترع ، ثم يصرفوا المياه الزائدة عن حاجتهم فى تلك المصارف ، لأن هـذه المنافع تعتبر شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها حيث إنها أعدت لذلك .

٢ ــ الشرط فى عقـد معاوضة . كأن يبيـع شخص لآخر قطعة أرض زراعية ويشترط أن يكون عليها حق شرب لأرض أخرى مملوكة له ، أو حق مرور لها ، ويقبل المشترى ذلك ، فإن حق الشرب وحق المرور يثبتان بهـذا الشرط .

٣ ــ التقادم : بمعنى أن يكون حق من هذه الحقوق ثابتاً لعقار من زمن قديم غير معلوم وقت ثبـوته ، كما إذا ورث شخص أرضـاً تسقى من أرض بجوارها ، أو تصرف ما فضـل من مائها فى مصرف مملوك لشخص آخر ، والناس الموجودون لا يعرفون متى ثبت هـذا الحق فإننا فى هـذه الحالة نحكم بثبوت الحق إذا أراد صاحب الأرض أو المصرف أن يمنعه من استعماله ، لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع إلا إذا تبـين لنـا أنه ثبت فى أول الأمر بسبب غير مشروع ، وحينئذ لا نتردد فى إبطاله .

هذا ولو أذن شخص لجاره أن يمر إلى أرضه من ملكه ، أو يسقى أرضه من مجرى ماء له ، فإنه لا يثبت لأرض المأذون له حق ارتفاق على أرض من أذن له ، لأنه مجرد إباحة ، وله أن يرجع فى هـذا الإذن فى أى وقت شاء ، فلا يصح لمن ملك الأرض بعده بالإرث أن يطالب بهذا الحق .

وبعد أن عرفنا معنى الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع الشخصى ، والأسباب التى يثبت بها نفصل الكلام على هذه الحقوق . وإليك البيان .

أ — من الشرب : الشرب فى اللغـة . الحظ والنصيب من الماء ، ومنـه قوله تعالى : « إنا مرسلوا الناقة فتنة لهم فارتقبهم واصطبر ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر[1] » أى يحضره صاحبه .

وقوله تعالى خطاباً لثمود قوم صالح بشأن ناقته : « هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم »[2] .

وفى الاصـطلاح الشرعى ، هو النصيب من المـاء لسقى الزرع والشجر ، أو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للشجر أو الزرع ، فهو يطلق عنـدهم على معنيين :

١ — النصيب المستحق من الماء .   ٢ — زمن الانتفاع به .

فإذا كان المـاء فى مجرى عام يكفى كل المنتفعين به سمى مقـدار الماء الذى يأخذه كل واحد شرباً ، وإذا كان الماء فى مجرى خاص ولا يكفى الكل دفعة واحدة فاتفقوا على قسمته بالأيام سمى زمن انتفاع كل شربا .

ومما يلحق بهذا الحق ، حق الشفة ، وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلى ، وسمى ذلك بحق الشـفة ، لأن شرب الإنسـان يكون بتناول الشفة لإيصاله إلى الجوف ، ولذلك عرفه بعض فقهاء[3] الحنفية بما يشمل النوعين فقال : حق الشِّرب هو حق الشُرب والسقى » .

أقسام المياه بالنسبة لهذين الحقين « الشِّرب والشُّرب »

تنقسم المياه بالنسبة لهذين الحقين إلى ثلاثة أنواع . لأنها إما أن تكون فى

(١) سورة القمر الآية — ٢٨

(٢) سورة الشعراء — ١٥٥ ، والآيتان فى موضوع واحد وهو قسمة الماء بين الناقة وقوم صالح بالمياومة ، وذلك لأن الله قسم ماء العين بينهم وبين الناقة فجعل لهم يوماً يحضرون فيه وحدهم ، وجعل للناقة يوماً تشرب وحدها ولا يحضرون يومها ، بل كانوا يشربون لبنها . راجع القصة فى كتب التفسير .

(٣) صاحب البدائع ص ١٨٨ ج ٦ ،

مجرى عام غير مملوك لأحد ،أو تكون فى مجرى خاص مملوك لشخص أو أشخاص ، أو تكون محرزة فى آنية أو ما يشابهها من الأنابيب (١) .

فالأول : وهو ماء المجارى العامة سواء حفرت بطبيعتها كنهر النيل بمصر، ونهر دجلة والفرات بالعراق ، ونهرا الأردن وأمثالها ، أو حفرتها الدولة للمنفعة العامة ، كترعة الباجورية والإسماعيلية وغيرها ، وهذا النوع يثبت لكل واحد فيه الحقان ، فله أن يأخذ ما شاء من الماء للشرب والاستعمال المنزلى ، وأن يسقى أرضه كيف شاء . إما يشق جدول لأخذ الماء أو بنصب الآلات البخارية وغير البخارية « السواقى » التى يعبر عنها الفقهاء « بالرحى » ، ولم تقيد الشريعة هذا الحق إلا بقيد عدم الضرر بالناس ، فمن فعل فعلا يضر بالعامة ، كأن يقيم على ترعة آلة بخارية تأخذ كل مائها أو معظمه منع من ذلك، وكان لكل واحد منعه ، لأن الماء حق لهم كلهم . وهم شركاء فيه لحديث . الناس شركاء فى ثلاثة : « الماء والكلأ والنار » والشركة هنا شركة إباحة لا شركة ملك ، ولأن هذه الأشياء ليست مملوكة لأحد ، ولا للناس كلهم . وإنما هى مباحة لهم، فمن أخذ شيئاً أو أحرزه منها ملكه ، والمراد بالماء فى الحديث غير المحرز ، لأن المحرز لا شركة فيه ، بل هو مملوك لصاحبه يتصرف فيه كما يتصرف فى أمواله ، لحديث « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه » ، وحمله يكون بإحرازه .

والثانى : وهو ما كان يجرى فى أرض مملوكة كترعة حفرها شخص أو أشخاص فى أرض مملوكة لهم لتأخذ المياه من الأنهار العامة لسقى أراضيهم ،ومثل ذلك المياه التى تنبع من عين متفجرة .أو بئر حفرت فى أرض مملوكة كذلك ، فهذا

---

(١) راجع الجامع الوجيز « الفتاوى البزازية » على هامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١١٤ وما بعدها .

النوع من الماء يثبت لأصحاب الأرض الحقان فيه ، فإن كان واحداً انتفع به كيف شاء ، وإن كان أكثر من واحد وجب عليهم توزيع الماء بينهم توزيعاً عادلا . إما بالمياومة الزمنية أو بتقسيمه. بأن يفتح كل واحد فتحة فى الترعة على حسب مقدار أرضه ، ولا يشترط فى استعمالهم شىء إلا عدم إضرار بعضهم ببعض

وأما بالنسبة لغيرهم ، فإنه يثبت للناس كلهم حق الشرب ، وهو أخذ الماء لشرب الإنسان والحيوان والاستعمال المنزلى، ولا يثبت لهم حق الشرب، وهو سقى الأرض إلا فى صورة واحدة ، وهى ما إذا باع صاحب هذا المجرى جزءاً من أرضه بشربها ، أو شرط المشترى عليه أن تسقى من هذا المجرى وقبل ذلك .

ومما تجب ملاحظته هنا أن ثبوت حق الشرب للناس فى هذا النوع من الماء مقيد بعدم إلحاق الضرر بأصحاب الأرض التى فيها الماء ، فيجب على المنتفعين به أن يحافظوا على حافة هذه الأماكن حتى لا تسد أو تتخرب، كما يجب عليهم أن يسلكوا فى وصولهم إليها الطريق العام إن كان موصلا إليها ، ولا يذهبوا إليها من أرض مملوكة لصاحبها ، فإذا تعين المرور فى أرضه كان صاحب الأرض مخيراً بين أمرين. إما أن يأذن لهم بالمرور فيها، أو يخرج لهم الماء ليشربوا ، فإن لم يفعل دخلوها رغم أنفه ، فإن منعهم ولم يكن ماء قريب يمكنهم أخذ حاجتهم منه قاتلوه أولا بغير السلاح ، فإن لم يفد قاتلوه بالسلاح ؛ لأن هذا الماء لا زال باقياً على الإباحة فلكل إنسان الحق فيه ، ومن منع شخصاً حقاً من حقوقه كان له أن يقاتله بالسلاح حتى يأخذ حقه ، والأصل فى إباحة القتال بالسلاح ما روى(١) أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلواً فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق

---

(١) رواه أبو يوسف فى كتاب الخراج , والكاسانى فى بدائعه ، ووجه الدلالة من هذا الأثر ، أن عمر قال ذلك ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فيكون بمثابة الإجماع على مشروعيته , لأنه لو كان غير جائز لأنكروا عليه خصوصاً فى هذا الأمر الخطير وهو القتال بالسلاح .

مطايانا كادت تقطع فأبوا ، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو خليفة فقال : « هلا وضعتم فيهم السلاح ».

والثالث : وهو الماء المحرز فى الأوانى أو الأنابيب ، ومنه المياه التى توزع فى المدن ، وكذلك ماء الطلمبات، فإنه يعتبر محرزاً فى الأنابيب ، ولا يجرى بنفسه وهذا مملوك لصاحبه سواء كان شخصاً أو شركة، لأنه مباح الأصل والمباح يملك بالإحراز ، لحديث « من سبقت يده إلى مباح فهو له » ، وحديث « نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه » ، ولأن العادة جرت فى الأمصار فى كل العصور باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير نكير، ومثل هذا يعتبر دليلا على الملك .

هذا النوع لا يثبت لأحد غير صاحبه حق فيه لا شرباً ولا شرباً ، لأنه كبقية الأموال ، فلا يحل لأحد أخذه إلا إذا اضطر إليه بأن لم يجد غيره للشرب لنفسه ولدوابه ، فإن له أن يأخذه من صاحبه بالقوة والقتال بغير السلاح بشرط أن يكون فائضاً عن حاجة صاحبه ، فإذا أخذه ضمن قيمته كبقية الأموال المملوكة التى تؤخذ فى حالة الضرورة ، فإن لم يكن فائضاً عن حاجته فلا يحل لغيره أخذه ، ولا القتال عليه، لأن القتال أبيح لدفع الهلاك عن نفسه، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره الذى هو أولى منه به، لأنه مالك له،

وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك القتال بغير السلاح عند وجود الفضل عن حاجة صاحبه ، لأن الماء مملوك ، والملك له حرمة تجب مراعاتها ، وكان مقتضى ذلك ألا يقاتله أصلا ، لكن العطش وخوف الهلاك دفعاه لأن يطلبه إبقاء لنفسه وحفظاً لها ، فأبيح له القتال ، وبقى حمل السلاح على أصل تحريمه .

حق المجرى أو الإجراء : هذا الحق تابع لحق الشرب ، لأن الشرب ، وهو

النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمر به إلى الأرض المراد سقيها، فيكون حق المجرى : هو أن يكون لعقار حق مرور الماء الصالح لسقى زرعه أو شجره على عقار آخر مالكه غير مالك الأول .

فإذا ثبت ذلك الحق لعقار كان لمالكه حق إجراء الماء فى ذلك المجرى ولا يحق لصاحب الأرض التى فيها المجرى أن يمنع صاحب الحق من إجراء الماء متى كان حقه ثابتاً بسبب من الأسباب السابقة ، كما لا يحق له أن يمنعه من المرور بنفسه ليصلح المجرى بإزالة مايعوق الماء عن المرور ، فان منعه ألزم بإصلاحه بنفسه ، فإن امتنع أجبر على أحد الأمرين ،

وإصلاح المجرى على من له حق السقى سواء كان واحداً أو أكثر ، فان امتنع واحد أجبر على ذلك .

ثم إن هذا الحق إذا كان قديما يجب إبقاؤه، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على بطلانه، وإبقاؤه مشروط بعدم الضرر بصاحب الأرض، فان كان يلحقه منه ضرر ، كنز الماء فى أرضه مثلا وجب على من له حق السقى إزالة الضرر إما بتعميق المجرى ، أو بتقوية جوانبه ، أو بتقليل الماء فيه دفعا للضرر

هذا ولا يجوز لشخص استعمال مجرى(١) الغير الذى لا حق له فيه إلا باذنه ، كما لا يجوز له إحداثه فى ملك الغير إلا باذنه(٢) .

---

(١) القانون المدنى أجاز للغير استعمال المسقاة أو المصرف الخاص بقدر الحاجة بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها ، ولكنه جعل على الملاك المجاورين أن يشتركوا فى نفقات الانشاء والصيانة ، ويجب أن يعوض تعويضاً عادلا عن ذلك الانتفاع ، وكذلك إذا أصابه ضرر من ذلك، راجع المواد ٨٠٨ — ٨٠٩ — ٨١٠ .

(٢) ولقد روى أن الضحاك بن خليفة الأنصارى أراد أن يجرى ماءه فى بستان لمحمد بن مسلمة ليسقى أرضا له مجاورة له فمنعه ، فشكاه الى عمر بن الخطاب ، فقال له عمر: أيضرك ؟ فقال لا ؛ فقال له : فوالله لولم أجد له ممراً الا على بطنك لأمررته . وكان أن نفذ ماقضى به الخ .

وهذا بظاهره يفيد أنه يجوز إجراء الماء فى أرض الغير بدون إذنه . بل يفيد أنه يجبر عليه =

٣ — **حق المسيل**: المسيل هو مجرى على سطح الأرض، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة، أو غير الصالحة. فالفرق بينه وبين المجرى، أن المجرى لجلب الماء الصالح لأجل الانتفاع، والمسيل لصرف الزائد عن الحاجة سواء كان صالحا، كما في مصارف الأرض الزراعية، ومياه الأمطار الساقطة على المنازل، أو غير صالح. كما في الماء المستعمل في المنازل.

وعلى هذا يكون حق المسيل: هو حق صرف الماء غير الصالح، أو الزائد عن الحاجة في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام، ويستوى في هذا أن يكون مصدر المياه أرضاً زراعية، أو منزلا للسكنى، أو غير ذلك كالمصانع والمقاهي، وهذا الحق متى ثبت لا يزال إلا إذا كان مضراً ضرراً لا يمكن رفعه ولا يبطل بتغير صفة العقار من أرض زراعية إلى دار، أو من مسكن إلى مصنع، وأحكام المسيل مثل أحكام المجرى من الإصلاح والدخول في ملك الغير وغير ذلك.

٤ — **حق المرور**: هو حق الوصول إلى عقار معين من طريق ليس مملوكا لصاحبه سواء أكان الطريق عاما أم خاصا مملوكا للغير.

فالطريق الذي يثبت فيه حق المرور نوعان: عام ليس مملوكا لأحد، وخاص مملوك لشخص، ولكل منهما أحكام تخصه، وإليك بعض هذه الأحكام.

أما الطريق العام الذي ليس مملوكا لأحد، فإنه يثبت حق المرور فيه لكل

= إذا منعه، ولكن هذا الظاهر لا يجرى على عمومه، لأننا لو فعلنا ذلك لأهدرنا الملكيات وحرماتها، وهذه الحادثة إن دلت على شيء إنما تدل على أنه يجوز إذا تعينت أرض الجار بحيث لا يوجد سبيل آخر لذلك، ولعل الأرض التي كانت لمحمد بن مسلمة كانت مواتا وأحياها، وأرض الضحاك كذلك وأحياها بعده، وحينئذ يتعين إجراء الماء فيها وإن لم يرض صاحبها، بعد ذلك وجدت في شرح الموطأ للباجي ج ٤ ص ٤٦ وما بعدها تأويلات لهذا الأثر وبيان المراد به وآراء الفقهاء في ذلك فليراجع.

إنسان مطلقا غير مقيد بقيد إلا عدم الإضرار بغيره سواء كان عقاره واقعا عليه أولا ، كما يثبت عليه حق آخر لمن كان ملكه متصلا به واقعا على أحد جانبيه ، وهو حق فتح الأبواب والنوافذ ، وإنما ثبت فيه ذلك لأن الطريق العام جعل لارتفاق العامة فيثبت الحق للكل من غير تفرقة .

وأما الانتفاع به بغير هذين الحقين كإنشاء ظلة ، أو دكان «مصطبة» أو طنف «بلكون» أو وضع عروض التجارة سواء أكان من أرباب المحلات التي عليه أم من غيرهم ففيه تفصيل . فان كان يضر بالمصلحة التي أعدلها الطريق ، وهي المرور منع من ذلك ، لأن الضرر يجب منعه أو إزالته ، وهذا بالاتفاق ، وإن لم يكن ضارا بأن كان الطريق متسعا ، وإحداث ذلك لا يعوق المرور ، فانه يجوز إحداث ذلك لكن عند أبي حنيفة بشرط إذن ولي الأمر ، وعلى هذا يكون لكل واحد من الناس منعه من إحداثه وتكليفه برفعه بعد إحداثه ، لأن هذا حق الإمام «ولي الأمر» ولكل واحد منع من افتات على حقه ، ولم يشترط صاحباه هذا الأذن على تفصيل ليس هذا موضعه .

والراجح هنا رأى الإمام ، لأن الطريق جعل لمنفعة العامة ، فليس لواحد منهم أن يفعل شيئا زائداً ، لأنه يكون قد استوفى حقا زائداً عما ثبت له ، على أن هذا الأمر قد يكون فيه ضرر لكنه خفي الآن فيختلف الناس في تقديره ، واختلافهم يؤدي إلى النزاع . فتفاديا لهذا يفوض التقدير إلى ولي الأمر ، فيتوقف الانتفاع على إذنه ، وهو لا يأذن بما فيه ضرر للناس ، فينقطع عند إذنه النزاع ، فاذا لم يأذن يكون المنتفع مفتاتا على حق ولي الامر ، فيكون لكل فرد حق منع هذا الافتيات .

والقانون المدني يوافق مذهب الإمام ، لأنه يشترط في أي ارتفاق في الطريق العام غير المرور الترخيص الخاص من أولي الأمر .

وأما الطريق الخاص : وهو المملوك للأشخاص فيثبت لأصحابه حق المرور فيه وفتح

الأبواب والنوافذ من غير قيد، وليس لغيرهم أن يفتح فيه نافذة إذا كان طريقه من جهة أخرى إلا إذا كان ذلك الحق ثابتا له من قديم الزمان، وأما بناء أحدهم الظلة أو الدكان فيشترط فيه إذن الكل(١). فإن اتفقوا على ذلك جاز، ولا يبطل حق أحد منهم بسد بابه، فله أن يفتحه ثانيا، ويتبع العقار كيفما كان مالكه.

وإذا أذن أصحابه للناس بالمرور فيه، وكان نافذا فليس لهم المنع بعد ذلك، كما أنه ليس لهم سده باقامة باب عليه حتى ولو كان الطريق غير نافذ، لأنه ثبت للعامة حق المرور فيه إذا كان نافذا، وحق الالتجاء إليه عند ازدحام الطريق أو حدوث حادثة فيه، وليس لهم بيعه باتفاقهم، ولا قسمته بينهم، لأنه بعد ثبوت الحق للعامة فيه ليس لهم إبطاله بأى وجه من الوجوه(٢) إلا إذا كانوا أقاموا عليه بابا من أول إنشائه، فانه يكون بمثابة المال المشترك الخاص بهم، فلم يثبت لأحد حق فيه فلهم قسمته، ومنع الناس من دخوله وبيعه.

هذا هو حكم المرور فى ملك الغير كأرضه الزراعية أو ساحة داره، فاذا ثبت بالتمليك تبعا للعقار كأن يبيع شخص أرضا مع حق المرور إليها فانه يثبت دائما، ويتبع العقار فى الملك ويثبت على الوجه المتفق عليه من مروره وحده أو بدوابه أو مروره ماشيا أو راكبا، وأما الأذن بالمرور فلا يثبت حقا لازما، بل له أن يرجع عنه.

هذه هى حقوق الارتفاق، وتلك أحكامها الأجمالية، وبقية التفاصيل يرجع إليها فى المراجع الأصلية.

حقوق الجوار: الشريعة الإسلامية جاءت منظمة لشريعة الجوار، وحثت على إكرام الجار ليعيش الناس فى ألفة من غير تباغض ولا شحناء، وفى السنة أحاديث كثيرة فى هذا المعنى. منها:

---

(١) سواء كان مضرا أو غير مضر كما هو صريح المادة ١٢٢٢ من المجلة العدلية.

(٢) راجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١٩٧، وشرح المجلة المادة ١٢٢٣.

قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ، وقوله « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه ». أى غوائله وشروره « وقوله من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » ، وقيل لرسول الله : إن فلانة تصوم النهار ، وتقوم الليل ، وتؤذى جيرانها فقال : « هي فى النار » وغير ذلك من الأحاديث (١) .

والجوار نوعان ، علوى « رأسى » وجانبى ، والأول هو المسمى بحق التعلى وهو أقوى من الآخر ، ويكون غالباً (٢) بين بناءين أحدهما فوق الآخر ، ويتحقق ذلك فى دار مكونة من طبقتين مثلا مملوكة لشخصين لأحدهما سفلها ، وللآخر علوها ، كما إذا كانت دار موروثة ، واتفق الوارثان على قسمتها على هذا الوجه ، أو تكون مملوكة لشخص وباع طبقة منها لآخر ، فحينئذ يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفل من غير أن يملك سقفها ، فإن السقف ملك لصاحب السفل ، إذ به يتم ويكون سكناً .

وحق التعلى نوع من حق القرار كما هو نوع من الجوار ، لأن حق القرار كما يكون على الأرض فى صورة استئجار الأرض للبناء عليها ، وهو المسمى بالحكر يكون على بناء ، وهو حق التعلى ، والجوار كما يكون جانبياً يكون علوياً .

وهذا الجوار أقوى من الجوار الجانبى ، لأن ملك كل منهما ليس خالصاً لتعلق حق كل منهما بالآخر ، وانتفاع كل منهما بملك الآخر نوع انتفاع ، فكما ينتفع صاحب العلو بقرار بنائه على الآخر ، كذلك ينتفع صاحب السفل بالعلو بمنع الحرارة الشديدة عنه صيفاً ، وتسرب الأمطار إلى ملكه شتاء .

---

(١) جمع الامام الشعرانى فى كتابه كشف الغمة أحاديث حقوق الجوار فراجعها فى ج ٢ ص ٢١٤ ومابعدها .

(٢) قلنا غالباً ، لأنه قد يكون أحدهما بناء والآخر غير بناء ، كما إذا هدم العلو وبقى السفل ، وقد يكونان غير بناء ، كما اذا انهدم العلو والسفل معاً .

من أجل ذلك وجب مراعاة حق كل منهما عند التصرف ، واتفق الفقهاء على أنه ليس لأحدهما التصرف فى ملكه بما يضر بالآخر ، كأن يهدم صاحب السفل بناءه ، أو يفتح فتحات تضعف تحمل البناء ، وكأن يبنى صاحب العلو طبقة أو طبقات توهن السفل .

والتصرفات التى تصدر عنهما قسمها الفقهاء ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات الضارة بيقين كما مثلنا ، وهذه ممنوعة بالاتفاق ، ولو حصلت وترتب عليها الضرر كان المتسبب فيها ضامنا لما لحق الآخر من الضرر

الثانى : تصرفات لا تضر واحداً منهما بيقين ، كالإصلاحات المعتادة من دهن الجدر وتزيينها بالورق الملون ، وتركيب الثريات الكهربائية ، وتبديل الأبواب والنوافذ ، ودق المسامير الصغيرة ، وهذه لا تمنع اتفاقا .

الثالث : تصرفات تحتمل الضرر وغيره ، مثل أن يفتح صاحب السفل نافذة فى بعض الحجرات ، أو أن يبنى صاحب العلو حجرة للخدم ، أو لغسل الثياب ، أو يضع فى إحدى الحجرات متاعا كثيراً قد يؤثر فى السقف . وهذا النوع اختلف الإمام وصاحباه فى جواز مباشرته .

فأبو حنيفة يمنعه ، وصاحباه يجوزانه ، ومبنى الخلاف بينهما : أن أباحنيفة نظر إلى تعلق حق الغير بالملك فقيد تصرفه ، لأن ملكه ليس خالصاً ، ولم يبح له إلا ماتيقن عدم ضرره ، وأما ماعداه فموقوف على رضا الآخر ، والصاحبان نظراً إلى أنه ملك ، والمالك يتصرف فى ملكه تصرفاً مطلقاً مادام لا يضر غيره بيقين ، فهو ممنوع مما تيقن فيه الضرر ، وماعداه مباح له .

فالأصل عنده المنع ما لم يقم الدليل على عدم الضرر فيباح ، وعندهما الأصل الإباحة ما لم يقم الدليل على الضرر فيمنع .

هذه وجهة كل من الرأيين باختصار ، وقد صرح فقهاء المذهب ، بأن رأى الإمام هو المختار(١) للفتوى ، لأن هذا الملك وإن كان تاماً لوقوعه على رقبة المال ومنفعته معاً إلا أنه عارضه تعلق حق الغير به ، فيجب ملاحظة الأمرين معا ، فيمنع من أن يفعل ما يلحق الضرر بغيره بيقين ، وأما المشكوك فيه فإن احتمال الضرر قد يؤدى إلى الضرر ، فيكون ذريعة إلى الضرر ، فان مثل هذه الأشياء وإن لم تؤثر الآن فإنها تؤثر بعد ذلك فيمنع منها ، والمنع من هذا التصرف ليس ضرراً فى ذاته ، فإنه وإن منع من فعل فقد منع الآخر من فعل مماثل له من أجله ، فالتكافؤ موجود بينهما .

وإذا هدم صاحب السفل بناءه أجبر على إعادته ، لأنه تعدى على صاحب العلو بإزالة حق القرار الذى للعلو ، وحينئذ يلجأ صاحب العلو إلى القاضى ليجبر الآخر على إعادة بنائه ، فلو امتنع صاحب السفل بعد ذلك وقام صاحب العلو ببنائه بدله رجع عليه بما أنفقه مادام بأمر القاضى ، أما لو بناه من غير أن يرجع إلى القاضى كان متبرعا فلا يحق له الرجوع .

وأما إذا تهدم السفل وحده فلا يجبر على إعادته ، لأنه غير متعد ، وفى هذا الحالة إذا لم يقم صاحب السفل بإعادة البناء بنفسه ، وقام به صاحب العلو على نفقته بدون إذن كان له أن يطالب صاحب السفل بقيمة البناء ، وله حق منعه من الانتفاع به حتى يؤدى تلك القيمة ، لأنه لم يكن متبرعا بهذا العمل ،

(١) راجع فتح القدير ص ٥٠٣ ج ٥ ، وحواشى ابن عابدين ص ٥٥٥ ج ٥ فى مسائل شتى ، وفيها «والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا لا يملك . وإذا علم أنه لا يضر يملك» ، ومثله فى البحر ص ٣٢ ، ٣٣ ، ج ٧ ، ونقل عن جامع الفصولين ، أن الملك مطلق ، والحق مانع وقد اجتمعا فجمعنا بينهما .

بل هو مضطر إليه ليصل إلى حقه ، ولا سبيل للوصول إليه إلا بهذا الطريق حيث لا جبر على صاحب السفل[1]

وأما إذا قام به بإذن صاحبه أو القاضى رجع عليه بما أنفقه كله ، لأنه وكيل عنه بمقتضى الإذن ، وإذا هدم صاحب العلو علوه فالمعتمد أنه لا يجبر على بنائه حيث لا ضرر يلحق صاحب السفل من ذلك .

وهذا الحق « حق التعلى » يصح بيعه والبناء قائم بالاتفاق ، لأنه حق متعلق بالمال ، وأما بعد الهدم فلا يصح بيعه عند الحنفية ، لأنه ليس بمال . ولا هو حق متعلق بمال ، والمالكية ، والحنابلة جوزوا بيعه مطلقا سواء أكان البناء قائما أم لا ، بل أجازوا بيعه قبل بناء السفل غير أنه يشترط تحديد مقدار ما سيبنى من السفل ، ويقدر ما يباع من العلو حتى لا يكون مثار نزاع بين المتعاقدين ،

وأما الجوار الجانبى أو الملاصق : فقد اختلف الفقهاء فى ثبوت حق للجار على جاره بتقييد تصرفاته حتى يمنع من أن يفعل فى ملكه شيئاً يضر بملك جاره على قولين .

---

(1) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص٥٠٣ «كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع ، لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة بالفعل ثم قال : وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا ، لأنه لا يجبر صاحب السفل على بنائه ، فكان فى بنائه أياه مضطراً ليصل إلى حقه ، وإذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته ، واختلف فى أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع ، والصحيح وقت البناء » اه ملخصاً .

الأول : أنه لا حق لأحدهما على الآخر بقيد تصرفاته ، فلكل منهما أن يتصرف في ملكه كيفما شاء ، فله أن يفتح ماشاء من الأبواب والنوافذ ، ويعلى البناء ، ويهدم منه ما يشاء ، وممن ذهب إلى هذا الرأى المتقدمون من الحنفية ، وهو مذهب الشافعي وأحمد ، وهو مقتضى حرية تصرف المالك في ملكه ، لكن ينبغى أن يقيد ذلك بألا يظهر منه قصد الإضرار بالغير عند تصرفه وإلا منع ؛ هذا هو مقتضى المبادىء العامة في الشريعة .

الثانى : أن تصرفه مقيد بألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، وإلى هذا ذهب المالكية ، وهو رواية عن أبى يوسف(١) ، واستحسن هذا الرأى الفقهاء المتأخرون من الحنفية ، فخالفوا ما كان مقرراً في المذهب عن المتقدمين ، وقالوا : يجب أن تقيد تصرفاته بذلك وإن لم يقصد الضرر ، واستندوا في ذلك إلى حديث « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » . وما في معناه ، وفي بعض أحاديث الجوار تصريح بالنهى عن التطاول في البناء إلا بإذن الجار ، فقد روى أن رسول الله قال لأصحابه : « أتدرون ما حق الجار ؟ إذا استعانك أعنه ، وإذا استقرضك أقرضه ، وإذا افتقر عدت عليه بمالك ، وإذا مرض عدته ، وإذ أصابه خير هنيته ، وإذا أصابته مصيبة عزيته ، وإذا مات اتبعت جنازته ، ولا تستطل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح إلا بإذنه »(٢) الخ الحديث.

---

(١) جاء في كشف الأسرار الصغير شرح المنار ج٢ ص ٣٠٣ روى عن أبى يوسف فيمن تصرف في خالص ملكه بما يضر جيرانه يمنع عنه وإن كان متصرفا في ملكه دفعا للضرر عن الغير .

(٢) كشف الغمة ج ٢ ص ٢١٤ .

وبناء على هذا الرأى يضمن الضرر الناشىء عن فعله سواء أكان الضرر مباشراً أم بطريق التسبب ، وعلى الرأى الأول لا يضمن إلا الضرر المباشر ، وأما المتسبب عن التصرف فى ملكه فلا يضمنه .

وأنت إذا علمت أن الشريعة الإسلامية حضت على عدم إيذاء الجار ، بل على الإحسان إليه فى أكمل صورة من صور الإحسان ، حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ، وأنها بذلك قد خاطبته من ناحية الخلق والدين لتستقر الحياة ، ويعيش الناس فى وئام ، فلم يكن ثمة حاجة إلى تقييد تصرفاته بنص خاص ، لأن العاقل حينما يفكر وينظر فى عواقب فعله سيكف نفسه عن إيذاء الجار ، أو فعل ما يسبب له الضرر ، لأن جاره حينئذ إما أن يفعل معه مثل فعله ، وبذلك يكون البادىء قد أضر نفسه ، وإما أن يغض النظر عن إيذائه ، وبهذا يكون أكرم عند الله وعند الناس منه .

ولقد كان المسلمون الأولون يهتدون بهدى القرآن والسنة ، لذلك لم يجد الفقهاء السابقون حاجة إلى تقييد تصرفاتهم ، لأن الدين وحسن الخلق فيهما العاصم لهم من ذلك ، وهذا هو وجه الرأى الأول .

ولقد روى أن شخصاً شكا إلى أبى حنيفة من جار له حفر بئراً فى داره بجوار جداره ، فقال له الامام : احفر فى دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل فنزت البئر الأولى فكبسها صاحبها ، فتراه لم يفته بجبر صاحبه على كبس البئر ، بل دله على حيلة ليدفع عن نفسه الضرر ، وهو تصرف فى خالص ملكه (١) .

ولما دارت عجلة الزمن وضعف سلطان الدين على النفوس ، وتهاون

---

(١) راجع شرح المجلة العدلية صـ ١٤٥ جـ ٤

الجار في الإحسان إلى جاره، بل أصبح يكيد له ويتفنن في إيذائه استحسن الفقهاء المتأخرون تقييد تصرفاته بما لا يضر بجاره ضرراً فاحشا، لأن الناس لما تركوا الواجب الديني، وتهاونوا فيه قام القضاة بتنفيذ هذا الواجب، وهنا حقت عليهم كلمة الإمام العادل عمر بن عبدالعزيز. «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور».

ولقد مثل الفقهاء لهذا الضرر الفاحش الذي يستوجب المنع بأمثلة: منها الفعل الذي يكون سبباً لهدم بناء جاره، كأن يتخذ في داره طاحونة أو مصنع حديد، ويثبت بالدليل أن دوران الطاحونة وطرق الحديد يوهن البناء، وكأن يحفر في داره بئراً بجوار جدار جاره، وكأن يحدث بناء يمنع عن جاره الضوء بالكلية، وما شاكل ذلك.

والواقع أن هذا الأمر ليس محدداً في ذاته(١)، بل يحتكم فيه إلى العرف، لأنه يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة والأشخاص، فقد يكون الضرر فاحشاً بالنسبة إلى شخص دون غيره، وفي مكان دون آخر، فطرق الحديد ضرر فاحش في حي هادىء خال من المصانع بينما لا يعتبر فاحشا، بل لا يعتبر ضرراً في مكان أقيمت فيه المصانع.

هذا والذي منعه الفقهاء المتأخرون الفعل الذي يثبت بالدليل أنه مضر ضرراً فاحشاً، أما ما عداه من الأفعال التي يتيقن فيها بعدم الضرر، أو لا نجزم فيها بشيء، وهو المشكوك فيها فمباحة له(٢).

---

(١) حددت المجلة وشروحها الضرر الفاحش بكل ما يمنع الحوائج الأصلية بمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر البناء أو يجلب عليه وهنا يكون سبب هدمه «مادة ١١٩٩».

(٢) راجع رد المحتار لابن عابدين في باب المتفرقات ص ٣٤١ ج ٤، ص ٥٥٩ في مسائل شتى آخر باب القضاء، وفيها يقرر استحسان المتأخرين لمنع ما فيه ضرر =

جاء فى المادة ١٢٠٣ من المجلة (١) « إذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه بسده لاحتمال أن يضع سلماً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار » .

ولقد سار القانون المدنى الجديد على هدى هذا الرأى المستحسن عند الفقهاء جاء فى شرح القانون للدكتور كامل مرسى ص ٣١٥ ما يلى :

فمن القانون الجديد التزامات الجوار فى المادة ٨٠٧ ، وقد اهتدى فى تقرير هذه الالتزامات بالشريعة الإسلامية ، وبما قرره القضاء المصرى ، فأصبحت مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون، وهذا ما تقرره المادة ٨٠٧ .

(١) على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

(٢) وليس للجوار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموضع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

الملك التـام

خصائصه وأسبابه

لهذا الملك خصائص منها :

١ — للمالك مطلق التصرف فى العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة

= بين ، وتكلم على ما أشكل أمره ، هل يكون مضراً أو لا . فقال : إنه غير ممنوع منه وقياسه على ما أشكل فى السفل والعلو قياس مع الفارق ، وعبارته « فالحاق المشكل فيها بالمشكل فى الأولى غير صحيح فافهم » يرد بذلك على صاحب الدر الذى قرر ذلك

(١) وفى شرح المجلة : وإنما قرر ذلك لقاعدة : لاعبرة بالتوهم ، والتعليل بالاحتمال يفيد أنه لو ثبت أنه فعل ذلك كاف بالسد من القاضى .

من بيع وإجارة وإعارة وغيرها ، وهذا الأطلاق لا يتقيد بشىء غير عدم الضرر بالغير ، سواء كان الغير فرداً أو جماعة أو الدولة نفسها ، ويظهر ذلك فى صور نزع الملك جبراً .

٢ — للمالك حق الانتفاع بالشىء المملوك بأى وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدد ، ولا بمكان معين ، ولا بشكل معين ما لم يكن ذلك محرماً شرعاً كأن يجعل داره نادياً للقمار مثلا .

٣ — هذا الملك ليس له زمن محدد ينتهى عنده ، لأنه لا يقبل التقييد بالزمان ولا بالمكان ، ولا ينتهى ذلك الملك إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك ، أو بالميراث إذا مات المالك ، أو هلكت العين المملوكة .

٤ — إذا أتلف المالك الشىء المملوك له لا يجب عليه ضمان ، لأن الضمان حينئذ يكون عبثاً ، وليس معنى ذلك أنه يباح له أن يتلف ما له كيفما شاء ويعفى من المؤاخذة ، بل قد يستحق المؤاخذة إذا قتل حيواناً مملوكا له فيعزره ولى الأمر ، وقد يحجر عليه إذا ثبت سفهه .

٥ — إن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ، فلو أسقط شخص ملكيته لعين لا تسقط ، وتبقى مملوكة له ، لأن هذا هو السائبة التى أبطلها القرآن ، ولذلك لا يصح الإبراء من الأعيان لما فى الإبراء من معنى الإسقاط . فلو غصب شخص عيناً من الأعيان فجاء المغصوب منه وأبرأ الغاصب عن تلك العين لا يصح ويبقى المال ملكاً لصاحبه ، أما لو أتلف الغاصب المغصوب ، أو تلف منه فإنه يكون مضموناً على الغاصب ، وحينئذ لو أبرأه المغصوب منه صح إبراؤه لأنه إبراء من دين فى الذمة لا من عين قائمة .

أسباب الملك التام : يثبت الملك التام بواحد من الأسباب الآتية :

١ — الاستيلاء على المال المباح .

٢ — العقود الناقلة للملكية.

٣ — الخلفية . ومعناه أن يخلف شخص آخر فيما كان يملكه — وهى تتحقق بالإرث وهذه الثلاثة محل اتفاق بين الفقهاء، وعليها اقتصر الكثير منهم (١) .

ومن الفقهاء من يذكر سبباً رابعاً . وهو الشفعة : وهى حق تملك المال المشفوع من مالكه الجديد ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

وخالفهم آخرون فلم يجعلوها سبباً مستقلا، بل أرجعوها إلى أحد الأسباب الثلاثة وهو العقود .

وهذا الخلاف ناشىء عن الخلاف فى الشىء المثبت للملك فى الشفعة .

أهو الطلب من الشفيع ، أم التراضى بين الشفيع والمالك الجديد أو القضاء عند إبائه التسليم للشفيع بحقة ؟ .

---

(١) نقل صاحب البحر الرائق ص ٢٧٨ ج ٥ عن كتاب الحاوى للمقدسى ما نصه « الملك الاختصاص الحاجز وأنه حكم الاستيلاء ، لأنه به ثبت لاغير ، إذ المملوك ، لا يملك لأن اجتماع الملكين فى محل واحد محال، فلا بد وأن يكون المحل الذى ثبت الملك فيه خالياً عن الملك ، والخالى عن الملك هو المباح ، والمثبت للملك فى المباح هو الاستيلاء لاغير . وهو طريق الملك فى جميع الأموال ، لأن الأصل الإباحة فيها، وبالبيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء إليه ، فمن شرط البيع شغل المبيع بالملك حالة البيع حتى لم يصح فى مباح قبل الاستيلاء ، ومن شرط الاستيلاء خلو المحل عن الملك وقته ، وبالارث والوصية تحصل الخلافة عن الميت حتى كأنه حى لا الانتقال حتى ملك الوارث الرد بالعيب دون المشترى « أى المشترى من المورث الذى مات » . فالأسباب ثلاثة مثبت للملك وهو الاستيلاء ، وناقل للملك وهو البيع ونحوه ، وخلافة وهو الميراث والوصية . وجاء فى المادة ١٢٤٨ — من المجلة العدلية — « أسباب التملك ثلاثة : الأول الناقل من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة . والثانى كون واحد خلف آخر كالارث . والثالث إحراز شىء مباح لا مالك له ، وهذا اما حقيقى وهو وضع اليد حقيقة على شىء ، وإما حكمى وذلك بتهيئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة لأجل الصيد .

فالأئمة الثلاثة، مالك والشافعى وأحمد بن حنبل، يذهبون إلى أن الملك للشفيع يثبت بطلبه لذلك الحق — على خلاف بينهم فى اشتراط دفع الثمن — وهذا الطلب ليس استيلاء ولا عقداً ولا إرثاً، فتكون الشفعة سببا مغايراً لها.

والحنفية يذهبون إلى أن الملك فى الشفعة لا يثبت بمجرد الطلب، بل يثبت بأحد أمرين — ١ — التراضى بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك، وهو عقد جديد غير العقد الأول — ٢ — قضاء القاضى عند إبائه وعدم تسليمه، وهو بمثابة عقد ينوب فيه القاضى عن الممتنع، وعلى هذا لا تكون الشفعة سببا جديدا للملك، بل تكون داخلة فى العقود

ثم إن هذه الأسباب مع اتفاقها فى كونها مثبتة للملك التام تختلف من جهات ثلاث. انقسمت تبعالها تقسيمات ثلاثة.

فتنقسم أولا إلى أسباب اختيارية وأخرى جبرية.

فالاختيارية: هى الاستيلاء على المباح، والعقود، والشفعة عند من جعلها سبباً مستقلا، فإن هذه الأسباب لا تكون إلا باختيار الشخص، فإذا أقدم عليها ثبت الملك.

والجبرية: هى الخلافية التى تتحقق بالميراث، فإن هذا السبب يثبت الملك فيه جبراً من غير اختيار لا من المالك الأول، ولا من المالك الثانى، لأن الشارع جعل الوارث يحل محل المورث فى ملكه المنتهى، فالملك الجديد امتداد للملك القديم، ولهذا لا يشترط قبوله. ولو رده لا يرتد، والذى يثبت فيه الملك بهذا السبب هو المال الباقى بعد تجهيز الميت. وسداد ديونه، وتنفيذ وصاياه، وعلى هذا تكون الخلافة فى ملك الباقى فقط، وليست خلافة فى كل شىء، فلا يلزم الوارث بسداد دين الميت من ماله الخاص إذا لم تف تركته بذلك لأن الإرث مشروع للتملك لا للتغريم، ولو جعلناه سبباً للغرامة لكان فيه إجبار الشخص على ما يضره، ولا يعرف لذلك نظير فى تشريع من التشريعات

بخلاف الأجبار على ماينفع فإنه معقول إذا لم يكن معه منّة من أحد .
وتنقسم ثانياً إلى أسباب منشئة للملكية ، وأخرى ناقلة لها .

فالمنشىء للملكية : هو الاستيلاء على المباح ، فإنه يثبتها بعد أن لم تكن لأن المال المباح قبل الاستيلاء عليه لا يوصف بالمملوكية .

ويدخل فى هذا السبب الاستيلاء على الغنائم الحربية ، لأن أموال المحاربين تعتبر مباحة ، حيث إن المال المباح هو الذى لم يدخل في ملك يحترمه الشارع ، ولم يوجد ما يمنع شرعاً من ملكه ، وملك هؤلاء الأعداء غير محترم فى نظر الإسلام فى حالة الحرابة (١) .

(١) هذا عند الشافعي ، لأنه يرى أنه مال مباح يملك بالاستيلاء عليه ، ولذلك يثبت الملك عنده فى الغنائم فى دار الحرب للغزاة بمجرد الانتصار والاستيلاء عليها ويذهب الحنفية إلى أنها لا تملك إلا بالإحراز بدار الاسلام ، فالاستيلاء وحده لا يكفى ، لأنه إنما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ، ولم يوجد ههنا لأن ملك الكفار قائم حيث ثبت لهم بسبب من الأسباب ، والملك الثابت لإنسان لا يزول إلا بإزالته أو بخروج المحل عن أن يكون منتفعاً به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعاً للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك مادامت الأموال موجودة فى دار الحرب ، لاحتمال استرداد الكفار لها ، ومع وجود الاحتمال لا نقطع بثبوت الملك للمسلمين ، لأنه لا قطع مع الاحتمال ولا ينقطع الاحتمال إلا بالإحراز بدار الإسلام .

ولأنه لو ثبت الملك فيها بنفس الأخذ والاستيلاء لاشتغلوا بالقسمة والتسارع كل واحد إلى إحراز نصيبه بدار الإسلام ، فيرجع اليها فيتفرق جمعهم ، وفيه خوف توجه الشر اليهم من الكفار ، فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة ، ولذلك فرقوا بين الغنائم والأنفال . فقالوا ان الأنفال تملك بمجرد الاستيلاء عليها لانها أخذت بغير قتال ، ولا ضرورة لتأخير الملك عن وجود سببه هنا بخلاف الغنائم فإن الضرورة قائمة فتأخر الملك إلى وجود الشرط .

راجع البدائع جـ ٧ ص ١٢١ وما بعدها .

والناقلة للملكية هى العقود والخلفية ، فإن هذين لا يثبت بهما ملك الشخص إلا إذا كان المال الذى ورد عليه العقد أو الميراث مملوكا من قبل ، فالمال المباح لا يكون محلا لعقد من العقود ، كما لا يكون ميراثاً لأحد ، فلو باع شخص مالا مباحاً قبل أن يستولى عليه ويحوزه كان هذا العقد لاغياً ، وكذلك لو وهبه أو جعله مهراً فى عقد زواج ، أو تصدق أو أوصى به ، أو وقفه .

ومن هنا اعتبر الفقهاء أول أسباب الملك وجوداً هو الاستيلاء على المباح ، ثم لما ثبت الملك بالاستيلاء جاء بعده النقل بطريق العقد أو الميراث .

وتنقسم ثالثاً إلى أسباب فعلية تتحقق بالفعل فقط ، وأخرى قولية تتحقق بالقول أو ما فى معناه ، وثالثة تتحقق من غير أن يكون للمالك دخل فيها .

فالاستيلاء سبب فعلى لا يتحقق إلا بالفعل ، ولهذا صح من عديم الأهلية وناقصها ، فالصبى ولو كان غير مميز والمحجور عليه ، وفاقد الأهلية كالمجنون إذا استولوا على المال المباح استيلاء حقيقياً ملكوه ، مع أن العقود الصادرة منهم قد تكون غير صحيحة ، وقد تتوقف على إرادة أخرى .

والعقد سبب قولى فى غالب صوره ، لأن الأصل فيه أن يكون بالقول ، وقد يتحقق بالفعل نيابة عن القول كما فى الإشارة والكتابة وغيرهما .

ومن هنا اشترط فى إثباته الملك أن يكون العاقد أهلا له (١) .

والميراث يثبت الملك من غير فعل ولا قول من الوارث ولا من المورث . فهو سبب اعتبارى جعله الشارع موجباً للملك فى بعض الحالات من غير أن يكون لأحد دخل فيه ، ولذلك يثبت للصغير والكبير ، والمميز وغير المميز على حد سواء ، بل يثبت للجنين قبل ولادته .

---

(١) راجع الفرق الخامس والثلاثين بين قاعدة الأسباب الفعلية وقاعدة الأسباب القولية من الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٠٣ .

ولقد عد بعض الفقهاء المعاصرين من أسباب الملك سببا جديداً، هو التولد من المال المملوك، ونحن إذا أمعنا النظر فيما يتولد من المال المملوك وجدناه لا يعدو أن يكون ثمرة من ثمرات الملك كالمنفعة الحاصلة منه؛ ومن خواص الملك التام أن يكون المال بمنافعه وثمراته ملكا لصاحبه لا يشاركه فيها أحد، فيكون ملك ما تولد ثابتا بالسبب الأول الذى ثبت به الملك فى أصله، فمن ملك حيوانا بعقد أو بإرث فإنه يملك ذاته وما ينتج منه فى المستقبل، لأن الناتج حين وجوده يكون كالجزء المنفصل، فلا يحتاج إلى سبب جديد.

والقانون المدنى جعل أسباب كسب الملكية سبعة: (١) الاستيلاء على مال ليس له مالك (٢) الميراث وتصفية التركة (٣) الوصية (٤) الالتصاق (١) (٥) العقد (٦) الشفعة (٧) الحيازة.

وهى فى جملتها تتفق مع أسبابه عند الفقهاء، وليس بينهما تخالف إلا فى الالتصاق الذى لم يعرض له الفقهاء فى هذا الموضع، والحيازة التى هى وضع اليد على مال مملوك للغير، وتقادم العهد عليه(٢).

فإن هذا التقادم يسقط ملك الأول ويثبت الملك للثانى وهو واضع اليد فى نظر القانون، بينما لا يفيد شيئاً من ذلك فى نظر الشريعة، فلا يزول ملك الأول، ولا يثبت الملك للثانى، وغاية ما يفيده هو منع سماع الدعوى عند الإنكار.

فلو وضع شخص يده على مال مملوك لغيره، وطال عليه الزمن، ثم جاء

---

(١) والالتصاق قد يكون فى عقار طبيعياً، وقد يكون بفعل المياه، وقد يكون بفعل الإنسان بإنشائه مبان على الأرض فى ملكه أو فى ملك غيره، وقد يكون فى المال المنقول. المواد من ٩١٨ — ٩٣١.

(٢) أصل هذا السبب كان فى التشريع الرومانى؛ ثم انحدر إلى التشريعات الأوربية، ومنها أخذه القانون المصرى.

صاحبه وطالب واضع اليد به . فإن قرأ من هو فى يده بذلك الحق قضى به لمالكه ، وإن أنكر . فإن كانت المدة طويلة ، و لم يكن هناك عذر يمنعه من المطالبة به فى الزمن الماضى لاتسمع هذه الدعوى ، وإن لم تكن طويلة سمعت دعواه .

وإنما منعوا من سماع الدعوى فى حالة التقادم ، لأن العرف يكذب أمثال هذه الدعاوى . يقول ابن القيم فى الطرق الحكمية (١) : إن من الدعاوى دعوى يقضي العرف بكذبها ، ومثالها :

أن يكون رجل حائزاً لدار متصرفاً فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء والهدم والإجارة والعمارة ، وينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه ولايذكر أن له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان ، أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق، ولا بينه وبين المتصرف فى الدار قرابة ولا شركة فى ميراث أو ما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القرابات والضمير بينهم ، بل كان عرياً عن جميع ذلك ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ، ويزعم أنها له ، ويريد أن يقيم بذلك بينة، فدعواه غير مسموعة أصلا فضلا عن بينته ، وتبقى الدار بيد حائزها ، لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة ، فإنها مرفوضة غير مسموعة » .

هذا هو حكم القضاء ، وأما حكم الديانة فلا يحل لواضع اليد الانتفاع بهذا المال بأى وجه ، ويجب عليه رده إلى صاحبه .

ولقد حدد الفقهاء المدة الطويلة — التى لا تسمع بعدها الدعوى بالاجتهاد، فقيل هى ثلاثون سنة ، وقيل ثلاث وثلاثون ، وقيل ست وثلاثون .

---

(١) ص ٧٨ وما بعدها .

وقد جعلها القانون خمس عشرة سنة فيما عدا الوقف والإرث ، فإنها فيهما ثلاث وثلاثون سنة ، كما جاء فى لائحة المحاكم الشرعية بالمادة — ٣٧٥ ونصها : « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التى مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى فى عدم إقامتها إلا فى الإرث والوقف ، فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ٣٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى له وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة ».

وإنما قدرها بهذا القدر ليكون متفقاً مع تحديد القانون المدنى المدة التى تكسب الملكية ، فقد جعلها خمس عشرة سنة دون انقطاع فى غير الأموال الموقوفة وحقوق الإرث حيث جعلها فيهما ثلاثاً وثلاثين سنة ، وقبل تمام هذه المدة لا تثبت الملكية للحائز فتسمع دعوى الغير (١) .

هذا إجمال لأسباب الملك التام، وهو يحتاج إلى شىء من التوضيح، وسنقتصر فى هذا الموضع على بيان السبب الأول، وهو الاستيلاء على المباح، وأما بيان العقود فسيأتى فى الكلام على نظرية العقد، وأما الخلفية فبيانها يكون فى مقرر دراسى آخر غير هذا المقرر .

---

(١) جاء ذلك مبينا فى المواد ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠ من القانون المدنى الجديد ونصها ، م ٩٦٨ — « من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به كان له أن يكسب ملكية الشىء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنه »

م ٩٦٩ — إذا وقعت الحيازة على العقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستنده فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح فان مده التقادم المكسب خمس سنوات

م ٩٧٠ — فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الارث إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

الاستيلاء على المباح

الاستيلاء على المباح يتنوع تبعاً لتنوع الأموال المباحة، لأن المباح قد يكون أرضاً جرداء أو سمكا فى ماء، أو طيراً فى هواء، أو حيوانات فى غابة أو صحراء، وقد يكون نباتا أو شجراً على ظهر الأرض، أو معادن وكنوزاً فى باطنها، كما أن أحكامها تختلف من جهة توقف الملك فى بعضها على إذن ولى الأمر، وعدم توقفه فى بعضها الآخر، ووجوب حق للدولة فى بعض الأنواع، وعدم وجوب شىء فى باقيها. لذلك الآخر، اقتضى الأمر تقسيمه إلى أربعة أنواع:

١ – إحياء الأرض الموات. ٢ – الاستيلاء على المعادن والكنوز.
٣ – الصيد. ٤ – الاستيلاء على الكلأ والآجام

١ – إحياء الأرض الموات

الأرض إذا كانت غير منتفع بها إما لانقطاع الماء عنها، أو لغلبته عليها أو لفساد طينتها لكونها سبخة، أو كثيرة الحصى، أو غير ذلك من الأسباب التى تمنع من الانتفاع بها تسمى مواتا تشبيهاً لها بالحيوان الذى بطلت منافعه بموته، والقرآن مصرح بوصف الأرض بالموت فى آيات كثيرة (١).

وأما إذا كان ينتفع بها بغير الزراعة بأن جعلت مرفقا للناس ينتفعون بها كأن تكون موضع إلقاء القمامات أو توضع فيها الأتربة، أو مرعى للماشية، أو محتطبا أو مسيلا، أو غير ذلك فلا تعتبر مواتا.

---

(١) منها قوله تعالى «وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها» البقرة – ١٦٤.

وقوله «الله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها» النحل – ٦٥

وقوله «وينزل من السماء ماء فيحيى به الأرض بعد موتها» الروم ٢٤.

وقوله «وما أنزل الله من السماء من رزق فأحيا به الأرض بعد موتها» الجاثية – ٥

فالأرض الموات إذاً : هى ما كانت غير منتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع لكن ذلك لا يكفى لكونها مباحة تملك بالإحياء ، بل يشترط وراء ذلك شروط بعضها محل اتفاق الفقهاء ، وبعضها موضع خلاف .

فما اتفقوا عليه : ألا تكون مملوكة(١) لأحد ، فإذا كانت الأرض مملوكة لشخص وتركها لسبب من الأسباب كبيت تهدم ولم يستطع بناءه ، أو أرض ساء استغلالها فأصبحت لا تنتج شيئا ، فتركه لها لا يجعلها مباحة ، بل يبقى ملكه قائما ، وتورث عنه إذا مات مادام معروفا .

ومن المتفق عليه أيضاً : أن تكون خارجة عن العمران ، فإذا كانت داخل العمران فلا تعتبر مواتا حتى ولو كانت غير منتفع بها بأى مرفق من المرافق .

ومن الشروط المختلف فيها : كون هذه الأرض بعيدة عن العمران . شرط ذلك أبو يوسف من الحنفية ، ووافقه الإمام أحمد بن حنبل ، وخالف محمد بن الحسن فى ذلك ، وقال: إن الأرض الموت التى لا ينتفع بها الناس تملك بالإحياء وإن كانت قريبة من العمران ، وهو ظاهر الرواية فى مذهب الحنفية ، ووافقه الشافعى فى ذلك ، وعلى هذا تكون الأرض المجاورة للمدن التى لا ينتفع بها الناس بالفعل مواتا على هذا الرأى ، فالمعتبر هو الانتفاع بالفعل وعدمه ، ولا تكون مواتا على الرأى الأول ، لأن أصحابه نظروا إلى أن الأرض القريبة من العمران هى حق للناس كلهم ، وهى صالحة لانتفاعهم بها فى وقت من الأوقات فالمعتبر عندهم هو مظنة الانتفاع ، ويتحقق ذلك بالقرب(٢)

ثم إن أصحاب هذا الرأى اختلفوا فى تحديد البعد .

---

(١) المراد بغير المملوكة : الأرض التى لم تدخل فى ملك أحد فى الإسلام ولو كان ذميا .
(٢) انظر أحكام المعاملات للأستاذ على الخفيف .

فمنهم من حدده بمقدار معين ، ومنهم من فوضه إلى العرف وهو أوجه ، لأن التحديد تقدير ، وهو لا يعرف إلا بالنص ، فإذا لم يوجد يترك للعرف .

وبعد هذا تعرف الأرض الموات التى تملك بالإحياء . بأنها الأرض غير المنتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع الخارجة عن العمران البعيدة عنه وليست مملوكة لأحد .

بم يكون الإحياء ؟

والإحياء يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها بإزالة السبب المانع من الانتفاع ، فإذا كان سبب مواتها انقطاع مائها يكون إحياؤها بجر الماء إليها كحفر ترعة توصل إليها الماء ، أو حفر بئر فيها ، وإذا كان السبب غمر الماء لها يكون احياؤها بتجفيف الماء وبناء السدود حولها حتى لا يطغى عليها الماء مرة أخرى ، وإذا كان فساد تربتها يكون الإحياء بحرثها وريها وإصلاح هذه التربة الفاسدة .

وإذا كانت الأرض تراد للبناء يكون إحياؤها ببناء سور عليها ، وتقسيمها لتكون معدة للبناء عليها ، وهكذا فى كل نوع بما يناسبه .

وروى عن الإمام أحمد أن الإحياء يكون بما تعارفه الناس إحياء ، ولا يشترط فى تحقيقه نوع خاص من الإصلاح .

وهذه الرواية هى الأقرب إلى قواعد الشريعة ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم علق الملك على الاحياء ، ولم يحدده بفعل من الأفعال ومادام العرف هو صاحب السلطان فى هذا نحتكم إليه ، ولا شك أن العرف فى مثل ذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، ، فقد يعد الفعل إحياء فى زمن ، أو فى مكان بينما لا يعد احياء فى غيره .

وقد اتفق الفقهاء على أن الإحياء لا بد وأن يكون بفعل يجعلها منتفعا بها ،

فلو فعل المستولى عليها فعلالا يجعلها منتفعاً بها ، كأن سورها بوضع الأحجار حولها ، أو وضع علامات تثبت سبق يده إليها ، أو قطع مابها من حشائش ، أو تنقية مابها من أشواك ، ثم تركها على ذلك لا يكون فعله إحياء ، بل يسمى فى عرف الفقهاء بالتحجير وسمى بذلك إما لأنهم كانوا يضعون الأحجار حولها ، وإما لأنه بفعله هذا قد حجر على غيره إصلاحها .

أثر هذا التحجير : ولا يثبت بهذا التحجير ملك ، بل يجعل صاحبه أولى بإحيائها من غيره ، وينتظر عليه مدة ثلاث سنين ، فإن أحياها فيها ملكها ، وإلا أخذت منه وأعطيت لغيره ، لأنه يتبين فى هذه الحالة أنه عاجز عن إحيائها ، أو متعنت فى فعله ، ومثل هذا يكون تضييعاً للمصالح على نفسه وعلى غيره .

وأما تحديد مدة الانتظار بثلاث سنين فبقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين » ، قال هذا قضاء فى خصومة(١) رفعت إليه ،

هذا ما اتفق عليه الفقهاء فى هذا الموضع ، وهو أنه يمهل مدة ثلاث سنوات ، ثم تؤخذ منه جبراً عنه إذا لم يقم بإحيائها ، ولكنهم اختلفوا فى مدى الحق الثابت فى هذه المدة ، أيكون مانعاً للغير مطلقاً بحيث لو أحياها غيره فى خلال المدة لا يملكها بهذا الإحياء ، أم لا يكون مانعاً للغير ، بل يكون هو صاحب الأولوية فى الإحياء فقط ؟ ، رأيان ولكل وجهة .

---

(١) جاء فى نصب الراية ص ٢٩ ج ٤ : أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع ناسا من جهينة أرضا فعطلوها وتركوها فأخذها قوم آخرون فأحيوها ؛ فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب فقال: لو كانت قطعية منى أو من أبى بكر لم أرددها ولكنها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « من كانت له أرض فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها غيره فهو أحق بها » :

والرواية الأخرى رواها أبو يوسف فى كتاب الخراج بلفظ « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين » .

وبعد ذلك : هل يكون الإحياء وحده سبباً للملك ولولم يأذن الإمام ، أو لابد من الإذن مع الإحياء ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد إلى أن الأرض الموات من الأموال المباحة ، وهى لاتحتاج فى تمليكها إلى إذن من الإمام فكذلك الأرض الموات ، ولأن الحديث الذى بين الطريق التى تملك بها لم يقيد ذلك بالإذن .

ولفظه كما جاء فى صحيح البخارى عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » ، وفى رواية أخرى « من أحيا أرضاً ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق » (١) ، وفى رواية ثالثة « الأرض أرض الله ، والعباد عباد الله ، من أحيا أرضاً مواتا فهى له » .

فهذا الحديث برواياته المختلفة يدل على أن الإحياء وحده كاف فى ثبوت الملكية ، ولو كان إذن الإمام لابد منه لجاء ذلك فى رواية من الروايات .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك لايثبت بمجرد الإحياء ، بل لابد من إذن الإمام أو نائبه ، واستدل له بحديث : « ليس للمرء إلا ماطابت به نفس إمامه » ، وأن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحناء بينهم ، فمنعاً لهذا يشترط إذن الإمام لأنه بماله من الولاية العامة يستطيع قطع أسباب الخصام فلا يأذن إلا بما ليس فيه ضرر .

ونحن إذا ألقينا نظرة على ما استدل به لكل من الرأيين نجد الحديث الأول « من أحيا أرضاً مواتا فهى له » صريح فى ثبوت الملك بمجرد الإحياء ، فاشتراط

---

(١) سبب هذا الحديث أن رجلا زرع نخلا فى أرض مملوكة لآخر فاختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها ، ومعنى الحديث على هذا : ليس لجذور شجر ظالم حق البقاء فى أرض اغتصبها

إذن الإمام محتاج إلى نص يقيد هذا الحديث يكون مساويا له ، وحديث «ليس للمرء إلا ماطابت به نفس إمامه» لايساويه لأنه ضعيف (١) ، فيبقى الحديث الأول سالما عن المعارض .

وقولهم فى الاستدلال للأمام : إنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحناء بينهم فنحتاج إلى إذن الإمام لفض هذا النزاع . قولهم هـذا لايصلح أن يكون دليلا لاشتراط الإذن فى كل صورة ، بل يكون اشتراطه عند مظنة التنازع أو وقوعه بالفعل ، وهذا ماصرح به أبو يوسف : أما أنا فأرى إذا لم يكن ضرر على أحد ، ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز إلى يوم القيامة ، فإذا جاء الضرر فهو على الحديث « ليس لعرق ظالم حق » .

وبهذا ينتهى الخلاف إلى ترجيح القول بعدم الاشتراط إلا فى صورة الضرر أو الخصومة .

ومما ينبغى التنبيه عليه أنه لا يوجد فى مصر الآن أرض موات بالمعنى الذى عناه الفقهاء ، لأن أراضيها غير المملوكة للأفراد أو الشركات والموقوفة مملوكة للدولة ، ولها وحدها حق تمليكها لمن تشاء بعوض أو بغير عوض (٢) .

٢ — الاستيلاء على الركاز « المعادن والكنوز »

ألفاظ ثلاثة تذكر فى هـذا الموضـع ركاز ، ومعادن ، وكنـوز ، تكلم الفقهاء عن أحكامها ، واختلفوا فيها تبعاً لاختلافهم فى معانيها ، ولنبدأ ببيان

---

(١) صرح بذلك صاحب نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية .

(٢) فالمادة ٨٧٤ من القانون الجديد تصرح :

بأن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة .

وأنه : لا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح .

معانيها اللغوية أولا ثم نتبع ذلك ببيان معانيها عند الفقهاء ومنشأ اختلافهم .

الركاز في اللغة (١) جمع ركزة ، وهو ما ركز في باطن الأرض سواء كان بخلق الله كالفلزات من الذهب والفضة والحديد والنحاس ، وغيرها التي تعتبر جزءاً من الأرض ، أو كان بصنع الناس ، وهي الأشياء التي يدفنها الناس فيها وليست جزءاً منها .

والنوع الأول يسمى معادن مجازاً تسمية للشيء باسم محله ، لأن المعدن في اللغة (٢) منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ، أو لإنبات الله عز وجل إياه فيه ، والثاني يسمى كنزاً .فالركاز شامل المعادن والكنوز .

هذا هو المعنى اللغوي ، ولكن الفقهاء اختلفوا — فمنهم من سار على وفق اللغة وجعل الركاز شاملا للنوعين ، ومنهم من خصص الركاز بالكنز المدفون في الجاهلية فقط ، فالمعادن المخلوقة في الأرض لا تسمى ركازاً على هذا الرأي، وكذلك الكنز المدفون بعد ظهور الإسلام .

فالحنفية يذهبون إلى الرأي الأول ، ومعهم بعض فقهاء العراق(٣) وذهب

---

(١) جاء في القاموس في مادة ركز . الركزة ثبات العقل ، وواحدة الركاز ، وهو ما ركزه الله تعالى في المعادن . أي أحدثه كالركيزة ، ودفن أهل الجاهلية ، وقطع الذهب والفضة من المعدن .

وفي أساس البلاغة . والركاز المعدن والكنز ومثله في مختار الصحاح .

وفي القاموس في مادة كنز . الكنز المال المدفون ، وقد كنزه يكنزه ، والذهب والفضة وما يحرز به من المال ، ومثله في المختار .

(٢) في القاموس : والمعدن منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ، لإنبات الله عز وجل إياه فيه .

(٣) راجع البدائع ج ٢ ص ٦٥ والبحر الرائق ج ٢ ص ٢٥١ .

آخرون . منهم الإمام مالك والشافعي (١) إلى أن الركاز هو دفن الجاهلية ، أي ما دفنه أهل الجاهلية فقط ، وأما المعدن فلا يسمى ركازاً في اصطلاحهم .

ويظهر أثر هذا الاختلاف في الاختلاف فيما يجب فيه الخمس للدولة مما يوجد في بطن الأرض، فمن قصر الركاز على ما دفنه أهل الجاهلية لم يوجب الخمس إلا فيه ، ومن جعله شاملا للنوعين أوجب الخمس فيهما .

وأيا ما كان هذا الاختلاف فنحن نبين المراد بلفظي المعادن والكنوز وآراء الفقهاء في كونهما من الأموال المباحة ، ولمن يؤول الملك فيهما .

أما المعادن : وهي المخلوقة في الأرض يوم خلقت سواء كانت صلبة كالحديد والرصاص والذهب والفضة والماس والياقوت والفحم الحجري وغيرها ، أو سائلة كالزئبق والنفط وسائر الزيوت المعدنية ، فاختلف الفقهاء فيها في موضعين :

الأول : هل تعتبر من الأموال المباحة التي تملك بالاستيلاء عليها أولا ؟

الثاني: هل يجب فيها حق للدولة إذا وجدها شخص في أرض ليست مملوكة. وما هو هذا الحق؟ .

أما الموضع الأول : فللفقهاء فيه آراء متشعبة نقتصر منها على رأيين فقط ، فالمالكية في أشهر أقوالهم يرون أن المعادن كلها لا تملك بالاستيلاء عليها كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض ، ذلك لأن الأرض في أول أمرها بعد الفتح الإسلامي ملكت للمسلمين باعتبارها مغنومة لهم ، ولما وزعها الإمام على الغانمين ملكوا ظاهرها فقط ، لأن الأرض إنما تقصد للانتفاع بظاهرها

(١) راجع الموطأ بشرح الباجي ج ٢ ص ١٠٤ ، وشرح الرسالة للنفراوي ج ٢ ص ٤٧ .

بالزراعة أو بالبناء ، ولا تقصد لما فيها من المعادن ، وحينئذ بقى ما كان فى باطنها من جميع المعادن على ملك المسلمين عامة ، وهذا النوع مفوض للإمام « ولى الأمر » يتصرف فيه حسبما تقضى به مصلحة الدولة ، فله أن يستغلها بعماله لصالح الدولة ، وله أن يقطعها للأفراد ، أو للشركات نظير مال أو مجاناً إن كانت المصلحة فى ذلك ، وهذا الإقطاع ليس على سبيل التمليك ، وإنما على سبيل الانتفاع مدة معينة ، أو طول الحياة ، ولهذا لا تورث ، وهذا الحكم عام فيما كان منها فى أرض مملوكة أو غير مملوكة .

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة فى إحدى الروايتين عنهم إلى أن هذه المعادن بجميع أنواعها إن وجدت فى أرض مملوكة لشخص أو للحكومة فهى للمالك ، لأنها تابعة للأرض لجزئيتها ، والأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها . وإن كانت فى أرض غير مملوكة فهى للواجد ، لأنها مباحة تبعاً للأرض ، وإن كانت فى أرض موقوفة كانت تبعاً للوقف ، فتكون موقوفة كذلك فتصرف فى مصالح الوقف لا للمستحقين لأنها ليست من غلات الأرض

فيستخلص من هذا أن الفقهاء متفقون على أن المعادن جزء من الأرض لكنهم مختلفون فى مساواة هذا الجزء لأجزائها الأخرى، بحيث يأخذ أحكامها فالمالكية يرون أنه جزء منفرد عن أجزائها الأخرى ، فلا يتبع الأرض فى ملكيتها ولا إباحتها . فالأرض تملك بغيره ، وإذا كانت مباحة لم يكن ما فيها من معادن مباحاً ، وعلى هذا لا يكون الاستيلاء على المعادن سبباً من أسباب الملكية .

والجمهور ينظرون إليه على أنه جزء كبقية الأجزاء فيأخذ حكمها ملكا وإباحة ، وعلى ذلك يكون الاستيلاء على المعادن سبباً من أسباب الملك التام إذا كانت فى أرض غير مملوكة .

أما الموضع الثانى : وهو الحق الذى يجب فيها، والكلام فى هذا مع القائلين بأنها تملك بالاستيلاء .

والخلاف فى هذا الموضوع فى وجوب الخمس للدولة على من يؤول الملك إليه أو عدم وجوبه ، فغير الحنفية يرون أنه لا يجب فيها الخمس، بل يجب فيها الزكاة فقط(١) .

وإنما لم يوجبوا الخمس ، لأن الحديث أوجب الخمس للدولة فى الركاز دون المعدن والواجبات الشرعية لا تثبت بدون دليل ، بل إن الدليل ينادى بأنه لا يجب فيها الخمس ، والحديث هو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « العجماء جبار والمعدن جبار والبئر جبار وفى الركاز الخمس »(٢) .

ومعنى جبار عندهم ، لا شىء فيه ، ثم إنهم أوجبوا فيها الزكاة بعموم أدلة الزكاة

---

(١) وهذا قدر متفق عليه بينهم وقد اختلفوا فيما يجب فيه منها ، فمنهم من قصره على الذهب والفضة ، لأن الزكاة شرعت فيهما دون بقية المعادن وهم الشافعية ، ومنهم من أوجبها فى جميع المعادن كالحنابلة ، ولهم خلافات فرعية كاشتراط كون المستخرج بلغ نصاب الزكاة وعدمه ، وكاشتراط حولان الحول على ذلك المستخرج فى ملك مالكه وعدم اشتراطه .

(٢) هذا الحديث رواه الجماعة عن أبى هريرة كما فى المنتقى بشرح نيل الأوطار ج ٤ ص ١٢٥ ، ورواه أبو يوسف فى كتاب الآثار ص ٨٩ مرسلا بلفظ عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : العجماء جبار ، والقليب جبار ، والمعدن جبار .

وفسر محمد بن الحسن هذا الحديث فى كتابه الآثار فقال : « والجبار الهدر إذا سار الرجل على الدابة فقتلت رجلا أو جرحته فذلك هدر ، والعجماء : الدابة المنفلتة ليس لها سائق ولا راكب تطأ رجلا فتقتله فتلك هدر، والمعدن والقليب : الرجل يستأجر الرجل يحفر بئراً أو معدناً فيسقط فيموت فذلك هدر .

وفى كتاب الخراج ص ٢٢ قال أبو يوسف: وحدثنى عبد الله بن سعيد بن أبى سعيد المقبرى =

والحنفية أوجبوا فى المعادن الخمس بالحديث السابق ، لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز كما هو مقتضى اللغة ، ثم قالوا : إن معنى جبار هدر لادية فيه ، وكان مقتضى ذلك أن يكون الخمس واجباً عندهم فى كل معدن إلا أنهم قصروا إيجابه على نوع منها بعد أن قسموها إلى ثلاثة أنواع :

١ ــ معادن صلبة تتمدد بالحرارة قابلة للطرق والسحب تصنع منها الصفائح والأسلاك كالحديد والنحاس والقصدير والذهب والفضة وماشابهها .

٢ ــ مادة صلبة لاتقبل ذلك . كالماس والياقوت والفيروزج والفحم الحجرى وماشابهها .

٣ ــ معادن سائلة . كالزئبق والنفط « البترول » وجميع الزيوت المعدنية، ثم أوجبوا الخمس فى النوع الأول دون الأخيرين ، ووجهتهم فى ذلك أن هذه الأنواع وإن كانت معتبرة كأجزاء الأرض إلا أنها تختلف فى هذا المعنى ، فالمعادن الصلبة التى لا تقبل الطرق والسحب ماهى إلا أحجار من جنس الأرض فأشبهت الحجر والطين والتراب ، والمعادن السائلة تشبه الماء ، والحجر والطين والتراب والماء لايجب فيها شىء فكذلك مايشبهها .

وأما النوع الأول فلايشبه شيئاً من أجزاء الأرض فيبقى هو المراد بالركاز فى الحديث(١) . لأن كلمة الركاز ملاحظ فى معناها الركز والدفن . والذى يعتبر

= عن جده قال : كان أهل الجاهلية إذا عطب الرجل فى قليب جعلوا القليب عقله ، وإذا قتلته دابة جعلوها عقله ، وإذا قتله معدن جعلوه عقله ، فسأل سائل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : العجماء جبار ، والمعدن جبار ، والبئر جبار ، وفى الركاز الخمس» فقيل له : ما الركاز يارسول الله ؟ فقال : الذهب والفضة الذى خلقه الله فى الأرض يوم خلقت .

(١) وفى هذا يقول أبو يوسف فى كتاب الخرج « إنما الخمس فى الذهب الخالص والفضة الخالصة والحديد والنحاس والرصاص ، وبعد أن بين أنه لايجب الخمس إلا بعد تصفيته قال : وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة مثل الياقوت والفيروزج والكحل والكبريت والمغرة فلا خمس فى شىء من ذلك ، إنما ذلك كله بمنزلة الطين والتراب . وراجع أيضاً المبسوط ج ٢ ص ٢١٣ .

دفيناً مركوزاً هو مالم يكن من جنسها .

والخمس الذى يؤخذ يكون لبيت المال «الخزانة العامة» ليصرف فى المصالح العامة، وباقيه وهو أربعة أخماسه يكون للواجد إن وجد فى أرض غير مملوكة ؛ ولمالك الأرض إن كان فى أرض مملوكة ، وأما النوعان الآخران من المعادن فلمالك الأرض أو للواجد .

هـذا حكم معادن الأرض ، وأما معادن البحار ولآلئها كالعنبر(١) والمرجان واللؤلؤ .فذهب مالك والشافعى وأبو حنيفة( ) ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل فى أظهر الروايات عنه إلى أنه لايجب فيها شىء . وهى ملك لواجدها . وأبو يوسف يوجب الخمس فى الحلية والعنبر لورود الأثر بذلك .

الكنز : وأما الكنز ، فهو مادفنه بنو آدم سواء أكان فى الجاهلية أم فى الإسلام « باتفاق الفقهاء » وهو نوعان إسلامى وجاهلى

فالإسلامى: ماوجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام، مثل كلمة الشهادة، أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة أوملك مسلم ، أوغير ذلك من علامات الإسلام ، أو دل الدليل على ذلك(٣) .

---

(١) العنبر هو حشيش البحر ، واللؤلؤ شىء يخلق فى الصدف والصدف حيوان ، والمرجان فسره الواحدى بعظام اللؤلؤ ، وأبو الهيثم بصغارها ، وآخرون بخرز أحمر وهو قول ابن مسعود وهو المشهور فى عرف الناس ، وقال الطرطوشى : هو عروق حمر تطلع من البحر كأصابع الكف . هامش المختار عن تاج العروس .

(٢) راجع البدائع جـ ٢ ، ص ٢٥٣ ، والمغنى لابن قدامه ص ٣٧ جـ ٣ ، وشرح رسالة ابن أبى زيد ص ٤٧ جـ ٢ .

(٣) وإذا وجد عليه علامة ذمى يأخذ حكم الإسلامى فيكون بمثابة اللقطة . راجع رسالة ابن أبى زيد ص ٤٧ جـ ٢ .وفيها يقول : لأنه محترم بحرمة الإسلام لدخوله تحت حكم المسلمين .

والجاهلى : هو ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الأسلام كأن وجد عليه صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك من ملوكهم ، أو غير ذلك من علاماتهم ، أو علم بالدليل أنه كذلك .

والمشتبه فيه : وهو مالم يتبين بالدليل أنه إسلامى أو جاهلى ، اختلف فيه فقهاء الحنفية ، فالمتقدمون منهم قالوا : إنه جاهلى ؛ والمتأخرون قالوا : إنه إسلامى لتقادم العهد بالإسلام فيغلب على الظن أنه دفن بعد الإسلام .

وإن وجد كنز مختلط بعض أجزائه عليه علامات الإسلام ، والبعض الآخر عليه علامات الجاهلية فهو إسلامى ؛ لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه (١) :

هذا هو الحد الفاصل بين الكنز الجاهلى والإسلامى ، ولكل منهما أحكام خاصة

أما الإسلامى : فهو لا يزال على ملك صاحبه ، وليس مالا مباحاً ، فلا يخمس بل يأخذ حكم اللقطة « وهى المال الضائع الذى يجده شخص غير مالكه ، فيجب تعريفه المدة المقررة(٢) فى الإسلام ، فإن وجد صاحبه ، أو ورثته سلم إليهم ، وإلا تصدق به واجده على الفقراء ، ويحل له أن ينتفع به إن كان فقيراً ، هذا رأى الحنفية .

ومن الفقهاء من يرى أنه إذا عرفه واجده المدة المقررة ولم يعثر على صاحبه جاز له أن يتملكه وينتفع به ، مع هذا قالوا : إن صاحبه إن ظهر بعد ذلك وجب رده إليه إن كان موجوداً ، أو قيمته إن لم يكن موجوداً .

---

(١) نص عليه الإمام أحمد كما فى المغنى ص ١٨ ح ٣ .

(٢) هذه المدة تختلف باختلاف المال ، فإن كان يسيراً عرفها ثلاثة أيام ، وإن كان له قيمة كبيرة عرفها سنة ، وقيل غير ذلك ؛ والتعريف يكون فى المكان الذى وجدها فيه ، أو فى الأماكن العامة كأبواب المساجد ، والمدارس وغيرها .

وأما الجاهلي : فقد اتفق الأئمة على أن خمسه لبيت المال على اختلافهم فى بعض التفصيلات .

وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ، فآراء الأئمة مختلفة فيه .

فقيل : إنها تكون للواجد سواء كانت الأرض مملوكة أولا ، لأنه هو الذى أوجده وأظهره .

وقيل : إنها للواجد بشرط أن يكون فى أرض غير مملوكة أو فى أرض ملكها هو بالإحياء . فإن كان فى أرض مملوكة لغيره فلا شيء للواجد بل ولا للمالك الحالى ، وإنما تكون لأول مالك لها فى الإسلام أو ورثته إن عرفوا ، وإلا فلبيت المال ، وذلك لأن المالك الأول ملك الأرض وما فيها بالحيازة . ولما باعها ملك المشترى ظاهرها فقط ، ولم يقصد تمليكه ما فيها من كنوز ، فبقى الكنز على ملكه ، كمن اصطاد سمكة وفى جوفها لؤلؤة فإنه يملكها وما فى جوفها بخلاف ما إذا اشتراها فإنه لا يملك اللؤلؤ . بل تكون لصائدها (١) .

هذا والقانون المدنى اعتبر الكنز (٢) مطلقا قديما كان أو حديثاً ملكا لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز لا فرق بين أن يكون المالك شخصاً أو شركة أو حكومة وليس لواجده شيء ، وهذا اذا لم يعلم له صاحب ، فإذا علم صاحبه وجب تسليمه اليه ، واذا كان فى عين موقوفة يكون ملكا خاصاً للواقف ولورثته ، كما نص على أن الحق فى الصيد برياً أو بحرياً واللقطة ، والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

٣ — الصيد : الصيد مصدر صاد . يقال صاد الرجل الحيوان يصيده صيدا إذا

(١) راجع المبسوط جـ٢ ص ٢١٤ .

(٢) جاء ذلك فى المادة — ٨٧٢ — ونصها : ١ — الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . ٢ — والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته . ٣ — الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمة لوائح خاصة .

اقتنصه وأخذه بحيلة ، ويطلق على ما يصاد ، ويجمع على صيود ، والمصيدة والمصيد آلة الصيد جمعها مصايد .

فالصيد يطلق بإطلاقين :

الأول : على الحيوان أو الطير الممتنع على الإنسان الذى لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، وامتناعه إما لطيرانه فى الهواء ، أو لسبحه فى الماء ، أو فراره فى الفلاة ، أو اختفائه فى الغابات ، أو تأبده ، أى توحشه ، فما دام بهذه الحالة يسمى صيداً سواء كان مأكول اللحم أولا ، فإذا خرج عن الامتناع بوقوعه فى المصيدة لا يسمى صيداً ، كما لا تسمى الحيوانات والطيور المستأنسة صيداً .

والثانى : أخذ ذلك الحيوان وقنصه بحيلة .

هذا الحيوان المسمى صيداً مال مباح يملك بالاستيلاء عليه إلا صيد الحرم، فإنه لا يملك بالاستيلاء عليه ، بل لا يحل الإقدام على اصطياده (١) .

وهذا الفعل وهو الاصطياد مباح شرعاً فى غير الحرم لغير المحرم ،أما المحرم فلا يحل له هذا الفعل .

وقد ورد فى القرآن(٢) آيات تحل الصيد وتمنع المحرم منه، وتمنع صيد الحرم

---

(١) الحرم دائرة محدودة من الأرض تحيط بالكعبة إذا دخلها الصيد كان آمنا . لا يحل اصطياده لا من المحرم ولا من الحلال ، فلو فعل أحدهما ذلك وجب عليه إرساله ، لأنه غير مباح فلا يملك بالاستيلاء عليه ، بل يجب الجزاء على المحرم .

(٢) قال تعالى فى سورة المائدة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » ، وفيها « وإذا حللتم فاصطادوا » ، وفيها : «أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً واتقوا الله الذى إليه تحشرون » .

والصيد يكون سبباً فى تملك الصيد . كما يكون سبباً فى حل أكله إذا كان من الحيوانات التى تؤكل متى توفرت شروط حله ، كتسمية الله عند إرسال آلة الصيد كلباً أو صقراً أو سلاحا ، وأن يكون الحيوان الذى يرسله للصيد معلماً الخ الشروط .

ثم إن الصيد يفيد الملك إذا تحقق به الاستيلاء على الصيد، وحينئذ لا يجوز لغير الصائد أن يأخذه ، فإن أخذه أجبر على رده للمالك وهو من صاده ، غير أن الاستيلاء نوعان حقيقى وحكمى :

فالحقيقى : يكون بإمساك الصيد باليد ،أو بالاقتراب (١) منه وهو فى مصيدته التى نصبها الصائد بحيث لو مد يده إليه لأمسكه ، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكا مستقراً ، ولا يحتاج إلى قصد ، فلو مد يده ليتناول شيئاً فأمسك صيداً ملكه ، فإذا اتلفت الصيد بعد ذلك من صائده لا يخرج عن ملكه . فلو صاده غيره لا يملكه ،لأنه بعد الاستيلاء الأول صار مالا مملوكا غير مباح للناس،وحينئذ يجب رده إلى مالكه الأول إن كان به علامة تدل على ذلك ، فإن لم يكن به علامة كان فى حكم اللقطة ، فيجب تعريفه على التفصيل السابق .

والإمام مالك رضى الله عنه يشترط فى عدم زوال ملك الأول استئناس الصيد عند صائده الأول ، فإن لم يستأنس عنده وفر زال ملكه (٢) .

---

(١) فى الفتاوى الهندية نقلا عن الظهيرية . ولو أن صيداً باض بأرض رجل: أو تكنس فيها . وجاء آخر وأخذه فهو له . هذا إذا كان صاحب الأرض بعيداً عن الصيد بحيث لايقدر على أخذه لو مد يده : أما إذا كان قريبا بحيث لومديده أخذه . فهو لصاحب الأرض وفيها إذا حفر بئراً ولم يقصد الاصطياد فوقع الصيد فيها فجاء آخر وأخذه . ان دنا صاحب البئر من الصيد بحيث لو مد يده لأمسكه لايملكه الثانى وإلا فهو لمن أخذه .

(٢) وبهذا أخذ القانون المدنى الجديد فى المادة ٢/٧٨١ .

- **والاستيلاء الحكمى** : يكون باستعمال وسيلة لإخراج الصيد عن امتناعه وتهيئته لأن توضع اليد عليه بالفعل أو بالقوة. مثل ما إذا ضربه بسلاح أحدث به جرحاً يمنعه من الفرار ، أو وضع شبكة فتعلق بها صيد ، أو حفر بئراً وقع فيها غزال لا يستطيع الخروج منه .

وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك لكنه غير مستقر ، فلو انفلت الصيد من الشبكة أو المصيدة قبل أن يجىء صاحبها رجع إلى حالته الأولى، وكان مباحاً فلو صاده شخص بعد ذلك ملكه ، أما إذا جاء صاحبها وأخذه بيده ، أو كان قريباً منه بحيث لو مد يده إليه أخذه ، ثم فر بعد ذلك لا يخرج عن ملك الأول لأنه استولى عليه استيلاء حقيقياً ، وهو يفيد ملكا مستقراً .

وإفادته الملك مقيد بشرطين - ١ - أن يقصد بهذا العمل الصيد - ٢ - أن يكون عمله معجزاً للصيد عن الفرار ، أو لا يحتاج فى أخذه إلى استعمال وسيلة أخرى .

فلو أعد شخص بركة لصيد السمك ، وكان فيها ماء كثير لا يمكن أخذ السمك منها إلا بحيلة كان السمك غير مملوك لصاحبها، وكذلك لو سد مجرى الماء ليصطاد سمكه ، وكان الماء كثيراً ، أو كان المجرى واسعاً لا يكون مالكا لهذا السمك ، فلو صاده غيره ملكه، أما إذا كان الماء قليلا بحيث يستطيع أخذ السمك باليد فلا يجوز لغيره أخذه .

هذا هو الأساس الذى يتفرع عليه مسائل الصيد ، وعليه يمكن تخريج أحكام الصور المختلفة

وإذا أرسل الشخص الصيد بعد استيلائه عليه باختياره ، فهل يخرج عن ملكه أو لا ؟ للفقهاء فى هذه المسألة رأيان .

أحدهما : أنه لا يخرج عن ملكه ، لأن الملك بعد ثبوته لا يزول إلا بسبب ناقل للملكية ، وليس الترك منها ، ولأنه يكون سائبة وقد أبطلها القرآن ، وعلى من أخذه أن يرده لمالكه الأول عند طلبه ، ومع ذلك يحل له أن ينتفع به إلى أن يطلبه منه .

وثانيهما : أنه يزول ملكه ، ويرجع إلى حالته الأولى قبل الصيد لأن قرب عهده بالإباحة سوغ ذلك ، وقد لا يكون فى هذا الصيد فائدة للمستولى عليه الأول بينما يكون غيره فى أشد الحاجة إليه .

والقانون المدنى فى مادته (١) — ٨٧١ — يسير مع الرأى الثانى مع شىء من التفصيل .

وهناك أشياء أخرى مباحة مثل الكلأ ، وهو حشائش تنبت من غير إثبات لترعاها الابل وغيرها ، وأحطاب الجبال ، وفواكهها غير المملوكة ، وأحجارها والغابات ، وهى الأشجار المسماة عند الفقهاء بالآجام ، وهى الشجر الملتف إذا نبتت فى أرض غير مملوكة فإنها تكون مباحة .

فالفرق بين الكلأ والآجام أن الكلأ هو ماينبت من الحشائش والأعشاب بغير زرع أحد ، وهى فى العادة لا تقصد ، وأن الآجام هى الشجر الملتف ،

---

(١) ونص هذه المادة :

١ — يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته :

٢ — وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له

أو الغابات ، وهذه قد تنبت وحدها ، وقد تزرع فهى تقصد عادة ، بخلاف الكلأ فإنه لا يقصد.

وعلى هذا قالوا: إن الكلأ لا يملك وإن نبت فى أرض مملوكة ، بل هو مباح لحديث : «الناس شركاء فى ثلاثة . الماء والكلأ والنار» ، وهو مباح بالاتفاق إذا لم يقم صاحب الأرض بسقيه والقيام عليه .

وأما إذا سقاه ففى ظاهر الرواية عند الحنفية لا يكون مملوكا لصاحب الأرض وحينئذ يباح لكل الناس أخذه ورعيه ، وليس له منعهم من ذلك ، فإن منعهم من دخول ملكه قيل له : إما أن تبيح لهم الدخول فى ملكك ، أو تخرجه إليهم هذا إذا لم يجدوا غيره فى أرض مباحة (١) قريبة من هذه الأرض، فإن وجدوا غيره فلا يجبر على شىء من ذلك .

وفى رواية أخرى إنه يملك تبعاً للأرض ، وجاز له بيعه ومنع الناس منه لأنه يعتبر محرزاً بإحراز الأرض ، والمالكية لهم تفصيل قريب من هذا .

أما الآجام : فإذا كانت فى أرض غير مملوكة فهى مال مباح لا تملك إلا بالإحراز ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإن كانت فى أرض مملوكة فهى ملك لصاحبها سواء قام بسقيها أولا .

والسبب فى هذه التفرقة ، أن الأرض لا تقصد عادة لاستنبات الكلأ كما لا تقصد لما فيها من الكلأ ، وأما الآجام فقد تقصد لأجلها الأرض ، وقد تشترى

---

(١) ولم يحدد الفقهاء حداً للقرب ولعلهم تركوه لما يتعارفه الناس . وإن كان المقدسى يقول : ينبغى أن يحد بالميل كما فى التيمم . راجع المجلة العدلية وشروحها .

لما فيها من أشجار ، أو لما عساه أن ينبت فيها منه ، وإذا كان الكلأ لا يقصد كان باقياً على أصل الإباحة ، أما الآجام فقد خرجت عن الاباحة بالملك .

وينبنى على هذا أنه لو ملك شخص أرضاً مباحة وفيها كلأ فإنه لا يملكه بتملك الأرض ، وإنما يملكه باحتشاشه وحمله ، وأما إذا كان فيها أشجار فإنه يملكها بما فيها ، وتخرج عن كونها مباحة .

وبعد هذا ينقسم الملك إلى ملك متميز ، وآخر غير متميز يعرف فى عرف الفقهاء بالشائع .

المتميز : هو الذى يكون الملك فيه متعلقاً بشىء معين غير مختلط بغيره .

والشائع : (1) هو الذى يكون متعلقاً بجزء غير معين من شىء معين كربع دار ونصف حيوان

والمشاع نوعان . مشاع يحتمل القسمة ، وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذى كان مقصوداً منه قبل القسمة « عينه أو جنسه » .

ومشاع لا يقبل القسمة (2) ، وهو مالا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذى كان

---

(1) الشائع والمشاع بمعنى واحد ، والمال المشاع هو المشترك غير المقسوم فالمادة ١٣٨ من المجلة العدلية تنص على أن : « المشاع ما يحتوى على حصص شائعة » ، المادة ١٣٩ منها تقول : « الحصة هى السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك » .

(2) صاحب جامع الفصولين : فصل أحكام المال المشاع فى بيعه وإجارته وإعارته ورهنه وهبته وصدقته ووقفه ، راجع ج ١ من ٥٩ إلى ص ٦٥ .

مقصوداً منه قبل القسمة ، سواء أكان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من غير جنس الأولى أم لا .

فالأول كالحصة فى أرض زراعية أو دار كبيرة ، والثانى كبيت صغير ، أو حمام أو ثوب أو دابة سواء كانت مما يؤكل لحمها أو لا .

وفى الملك الشائع يكون كل جزء من المال مهما كان صغيراً مشتركا بين الملاك فكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء .

فإذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة أشخاص على السواء ، وكان لكل واحد منهم ثلث أى جزء منها خشباً كان أو حديداً أو حجراً غير متميز عن الآخر .

والفقهاء وضعوا للشيوع أحكاما . فجعلوا لكل واحد من الشركاء التصرف فى المال المشترك بما لا يضر بالآخرين ، وعلى هذا جاءت المادة ١٢ — من مرشد الحيوان تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك » :

وإذا اتفق الشركاء على طريقة الانتفاع بالمال المشترك انتفعوا به على الوجه المتفق عليه ، وإن لم يتفقوا وطلب واحد منهم أو أكثر قسمته قسم بينهم متى كان محتملا للقسمة ، ويجبر الآبى عليها إذا كان المشترك متحد الجنس مما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً ، فاحشاً ، سواء أكان من المثليات كالحبوب والزيوت أم من القيميات كالغنم والأفراس والأرض الزراعية والدور الكبيرة ،

فإذا اختلفت الأجناس وكانت القسمة تعطى كل شريك جنسا بتمامه كما فى الدور المختلفة الموقع والصقع والبناء ، والثياب المختلفة الأنواع فلا يجبر الآبى عليها (١)

---

(١) رد المحتار ج ٥ ص ١٦٦ وما بعدها ، المجلة العدلية وشرحها للاتاسي .

وفى حالة عدم القسمة لعدم إمكانها أو عدم الجبر عليها يحكم بالانتفاع بالمال المشترك بطريق المهايأة الزمنية أو المكانية .

وإذا احتاج المال المشترك إلى إصلاح فإصلاحه على الشركاء بقدر أنصبائهم فإذا امتنع بعضهم عن إصلاحه كان على الآخرين رفع الأمر للقضاء ليأمر الممتنع بدفع ما عليه ، فإذا قام أحدهم بالاصلاح بدون أمر الآخرين أو إذن القاضى كان متبرعا فلا يرجع عليهم بشيء (١) .

تنبيه : إذا ثبت الملك بسبب من أسبابه لا ينتقل إلا برضا صاحبه بعقد من العقود الناقلة للملكية ، وهذه العقود أساسها الرضا لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، فالقاعدة العامة أنه لا يجبر شخص فى حياته على نقل ملكه إلى غيره ولكن هناك حالات استثنيت من هذه القاعدة ، ينقل الملك فيها من غير رضا صاحبه لضرورة تدعو إلى ذلك ، وهذه الضرورة إما دفع ضرر خاص يلحق شخصاً آخر يفوق الضرر الذى يلحق صاحب الملك من جبره على نقل ملكه وإما دفع ضرر عام « بتحقيق مصلحة عامة » والواقع أن هذا الاستثناء صورى لأن ذلك الجبر وإن جاء مخالفاً لقاعدة نقل الملك إلا أنه ينطوى تحت قاعدة أخرى مقررة فى الشريعة ، وهى إما ارتكاب أخف الضررين عند تعارضهما أو تقديم المصلحة العامة على الخاصة كذلك عند التعارض .

وإليك أمثلة لهذه الحالات الاستثنائية .

الحالة الأولى : إذا ما طل المدين عن دفع ما عليه من الديون ، فقد أجاز

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٣ .

الصاحبان للقاضى أن ينوب عنه فى بيع بعض ماله أو كله بمقدار الديون، وإن لم يرض بذلك لأن هذا ظلم ، والظلم يجب رفعه ،وخالف أبو حنيفة فلم يجوز هذا لأنه اعتبر ذلك نوعا من الحجر والولاية عليه، وهو لايجوز الحجر على المدين وإنما يجوز للقاضى حبسه تعزيراً له على هذا الظلم ، ولا يخرجه من الحبس إلا إذا أدى ما عليه بالطريق الذى يرضاه، أو يثبت عدم ملكيته لشىء يؤدى منه.

الحالة الثانية: إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام والناس محتاجون إليه، ففى هذه الحالة يبيع القاضى ماله جبراً عنه دفعاً للضرر عن الناس ، ويلحق بذلك التسعير،وهو الزام أصحاب السلع ببيعها بسعر معين يحدده ولى الأمر ، فإنهم قد لا يرضون بهذا السعر ، فيكون فى ذلك اخراج للسلع من ملكهم بغير رضاهم .

الحالة الثالثة : نزع الملك لأجل المنفعة العامة ، كتوسيع الطرق والجسور وشق الترع وتوسيع المساجد الى غير ذلك ، فإذا احتيج الى ملك شخص لمنفعة من هذه المنافع فإن رضى بذلك فيها والا كان متعنتاً مؤثراً مصلحته الخاصة على المصلحة العامة ، ومثل هذا لايلتفت الى رضاه ، بل يؤخذ جبراً عنه ويعطى قيمته التى يقومها به الخبراء ، وما دام سيعطى قيمته فما يفوته يسير ، وهو الاحتفاظ بنفس العين ، وفى استطاعته أن يشترى بدلها .

والدليل على ذلك فعل الصحابة رضوان الله عليهم . فلقد ضاق المسجد الحرام بمكة على الناس فى زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وكانت دور الصحابة تحيط به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه. فاشترى عمر بعضها ، وأبى عليه أصحاب البعض الآخر ، فأخذها جبراً ووضع قيمتها بخزانة الكعبة ووسع المسجد وظلت القيمة بالخزانة إلى أن أخذها أصحابها(١)

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين فى كتاب الوقف عند الكلام على ضيق المسجد .

وروى أنه قال لأصحاب هذه الدور : « إنما نزلتم على الكعبة وهذا فناؤها ولم تنزل الكعبة عليكم » .

وفى زمن عثمان ضاق المسجد الحرام مرة أخرى ، فلما أراد توسعته رضى البعض ، وأبى البعض ، فأخذها قهراً فصيحوا به فاستدعاهم وقال : « إنما جرأكم علىّ حلمى ولم أفعل بكم غير ما فعله عمر ولم يصيح به أحد ، ثم أمر بحبسهم فحبسوا إلى أن شفع فيهم عبد الله بن خالد بن أسيد فعفا عنهم

فهذا العمل المتكرر فى عهد خليفتين شاهده الصحابة، ولم ينكره أحد منهم فكان كالإجماع على ذلك :

وإذا ثبت هذا فى المسجد فيقاس عليه غيره من المنافع ، لأن المعنى الذى من أجله أبيح أخذ الملك جبراً لأجل المسجد موجود فى غيره ، بل قد يكون أشد فى بعض الحالات .

الحالة الرابعة : الشفعة . وهى حق تملك المال المشفوع فيه من مالكه الجديد ولو جبرا بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

فلو كان لشخصين دار مشتركة وباع أحد الشريكين نصيبه لأجنبى فإن للشريك الآخر أن يطالب بهذا الجزء ، ويأخذه بما دفعه المشترى سواء رضى بذلك أو لم يرض .

ففى هذه الحالة نجد المشترى الجديد ينزع ملكه جبرا ويعطى للشريك المسمى بالشفيع ، وإنما شرع نزع الملك جبرا فى هذه الحالة على خلاف القاعدة فيه لدفع الضرر الذى يلحق الشفيع من ذلك المالك الجديد، فقد يرضى الشخص بشركة هذا دون ذاك لاختلاف الناس فى طبائعهم وأخلاقهم .

ثم إن جماهير الفقهاء لم يثبتوا هذا الحق إلا فى العقار وما ألحق به كالعلو مع السفل ، أو السفن على رأى البعض ، ولم يثبتوه فى المنقول إلا إذا كان تابعا للعقار .

وذهب جماعة منهم إلى ثبوته فى جميع الأموال لافرق بين عقار ومنقول إذا تحقق السبب الموجب له .

وقد اتفق الفقهاء على ان سبب الشفعة هو الاتصال بين ملك الشفيع والمال المشفوع فيه ، ولكنهم اختلفوا فى تفسير هذا الاتصال حسبما صح عند كل فريق منهم من النصوص الشرعية ، فجمهور الفقهاء ضيقوا دائرته ، ففسروه بالشركة فى نفس المبيع ، فلا شفعة إلا حيث يوجد الاشتراك فى نفس العقار المبيع ، بينما توسع بعض الفقهاء فى تفسيره ، فقالوا : إن الاتصال الموجب للشفعة لايقتصر على الشركة فى نفس المبيع ، بل يثبت أيضاً بالشركة فى حق من حقوق الارتفاق ، بمعنى أنه إذا وجد عقار ان يشتركان فى شرب واحد ، أو طريق خاص يوصل إليهما وباع أحد المالكين عقاره لأجنبى كان لشريكه فى الشرب أو الطريق الخاص حق أخذه بالشفعة ، كما أثبتوه أخيرا بالجوار الملاصق ، فإذا باع شخص عقاره الذى لاشركة فيه لأحد ، ولم يوجد من يشاركه فى حق من حقوق الارتفاق كان حق الشفعة للجار الملاصق مهما كانت الملاصقة ولو بمقدار يسير .

وهذا الحق يثبت للشفيع سواء كان واحد أو أكثر رجلا كان أو امرأة صغيرا كان أو كبيرا ، حاضرا أو غائبا مسلما أو ذمياً ، لايسقطه شىء إلا إعراض صاحبه عنه إعراضاً صريحا أو ضمنياً كما هو مفصل فى كتب الفقه .

ثم بعد تحقق السبب الموجب له لايثبت هذا الحق إلا إذا توفرت شروط اتفق الفقهاء على بعضها ، واختلفوا فى بعضها الآخر ، فلا شفعة بمجرد وجود

الاتصال إلا إذا خرج المشفوع فيه خروجاً لازما من ملك صاحبه بعوض ، وأن يكون العوض ماليا على رأى، وأن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت البيع ، ويستمر إلى أن يقضى له بها، وألا يرضى بهذا الخروج، وأن يطلب المشفوع فيه كله لا بعضه ، وأن يكون الطلب على كيفية خاصة بينها الفقهاء كما بينوا حكم تصرفات المشترى فى المشفوع قبل طلب الشفيع هذا الحق، وأثر زيادة المشفوع فيه أو نقصه فى يد المالك الجديد ، وغير ذلك مما يتعلق بجميع التفصيلات .

وعماد ثبوت هذا الحق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحاديث كثيرة .

منها ما رواه البخارى عن جابر بن عبد الله أنه قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل مالم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة

ومنها ما رواه أصحاب السنن عن رسول الله أنه قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » .

وجاء إجماع المسلمين فى العصور الثلاثة الأولى من وراء هذه الأحاديث مؤيدا لها ، وإذا أردت معرفة تفصيل هذا الإجمال فارجع إلى كتب الفقه فى المذاهب المختلفة ، وإلى كتابنا « نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى » .

وأنت اذا تأملت تلك الحالات وجدتها ماعدا الشفعة حالات غير عادية ، جاءت على خلاف الأصل فى تعامل الناس رغم أنها لا تكون الا فى صور نادرة، ومن هنا لا تصلح مطعنا فى أصل القاعدة مع أنها ترجع إلى قاعدة أخرى كما قلنا من قبل .

نظرية العقد

قواعده العامة ومصطلحاته

نظرية العقد متشعبة الأطراف ، وليس من غرضنا فى هذا الكتاب الإحاطة بكل جوانبها ، وتفصيل جميع جزئياتها وإنما يكفينا منها الإجمال غير المخل الذى يجعلنا نقتصر على البحوث الآتية :

١ - التعريف بالعقد مع بيان الفرق بينه وبين التصرف والالتزام .

٢ - تكوين العقد ، ويتناول أركانه ، وشروط انعقاده وصيغته ، والإرادة الظاهرة والباطنة وأثر تخالفهما واقتران الصيغة بالشرط وأثر ذلك فى العقد .

٣ - محل العقد .

٤ - العاقد . أهليته وعوارضها ، ولايته الأصلية والنيابية .

٥ - حكم العقد ، وتقسيمات العقود .

٦ - عيوب العقد .

٧ - الخيارات وأثرها فى العقود .

١ — التعريف بالعقد

الفرق بينه وبين التصرف والالتزام

العقد والتصرف والالتزام كلمات ثلاث يرد ذكرها فى ثنايا بحوث الفقهاء ويختلط أمرها أحياناً على بعض القارئين لما بين معانيها من التشابه من بعض الوجوه ، وهذا يقتضى ذكر الفرق بينها قبل التعريف بالعقد لنخلص منه إلى بيان معنى العقد فى وضوح لاخفاء فيه فنقول :

إن الإنسان المميز يصدر عنه أقوال وأفعال باختياره وإرادته يكون لها اعتبار فى نظر الشارع ، فيرتب عليهانتائج فى صالح الشخص نفسه ، أوفى صالح غيره ، وهى عديدة منوعة .

فمنها مايتضمن إرادة إنشاء حق لم يكن موجوداً من قبل ، كالوقف ، فإنه حبس لعين من الأعيان المالية لينفق ثمرتها وغلتها على جهة من جهات الخير ، أو يتضمن إسقاط حق من الحقوق الثابتة كإبراء الدائن للمدين مما عليه من الدين فإنه أسقط بفعله هذا حق المطالبة والمقاضاة الذى كان ثابتاً له بسبب شغل ذمة المدين ، وكالتنازل عن حقه فى الشفعة ، أو يتضمن إنهاء حق ثابت كما فى الطلاق ، فإن الزوج ينهى به ما كان لكل من الزوجين على الآخر من الحقوق المترتبه على عقد الزواج .

ومنها ما يكون خالياً من ذلك كالإقرار بحق من الحقوق ، فإنه اعتراف بثبوت حق وليس إنشاء له ، واليمين والدعوى على الغير ، كما أن منها ما يكون مستقلا بالغرض الذى من أجله صدر كالأمثلة السابقة ، ومنها مالا يكون مستقلا بذلك، بل لابد من انضمام فعل من شخص آخر ليتحقق ذلك الغرض كقول الشخص لغيره بعتك هذا الشىء بمائة ، فإنه من غير انضمام قول المخاطب قبلت لاتترتب عليه النتيجة المقصودة .

هذه الأمور وغيرها تسمى تصرفا لا فرق فيها بين الأفعال والأقوال المستقلة بإفادة الغرض وغير المستقلة، سواء كانت النتائج مفيدة له، أو غير مفيدة له، كما فى السرقة، أو القتل والقذف، فان نتيجة ذلك عقاب مؤلم لمن صدر منه.

ويلاحظ من عرض الأمثلة السابقة أن التصرف قد لا يكون فيه التزام بحق كالدعوى التى يدعيها الشخص على غيره، وقد يكون فيه التزام. إما بإنشاء الحق، كما فى الوقف، والبيع والهبة، أو بإسقاطه كما فى الإبراء من الدين، والتنازل عن حقه فى الشفعة، أو بانهائه كما فى الطلاق.

وعلى هذا يكون الالتزام نوعاً من التصرف، بمعنى أن التصرف أعم وأوسع دائرة من الالتزام، فكل التزام تصرف ولا عكس.

وحينئذ يعرف التصرف بأنه: مايصدر عن الشخص المميز بإرادته، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت فى صالح ذلك الشخص أو لا.

ويعرف الالتزام بأنه: كل تصرف متضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق، أو انهائه أو إسقاطه. سواء أكان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال، والإبراء، أم من شخصين كالبيع والاجارة والطلاق على مال، ولكن مامرتبة العقد بين التصرف والالتزام، أهو مرادف لواحد منهما أم هو أخص منهما؟

المتتبع لكلام الفقهاء فى تفصيلات العقود المختلفة يجدهم مختلفين فى اطلاق كلمة العقد. فبينما يتوسع فيه بعضهم فيستعمله فى كل التزام اذ يقصره آخرون على نوع خاص من الالتزام، وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع والاجارة والرهن وماشابه ذلك.

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن العقد أخص من التصرف، لأن من التصرف أشياء لا تتفق ومعنى العقد فى كثير ولا قليل.

ولعل هذا الاختلاف راجع إلى الاستعمال اللغوى لكلمة العقد ، فإنه يطلق فى اللغة على الجمع بين أطراف الشىء والربط بينهما ، يقال : عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى الربط بين الكلامين فى الاتفاقات التبادلية ، فإن فيه ربطا ولكنه غير حسى ، ويطلق ويراد به إحكام الشىء وتقويته ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى العهد واليمين فإن اليمين يقوى عزم الحالف على فعل المحلوف عليه ، أو تركه ، وكذلك العهد يحكم الصلة بين المتعاهدين ويقويها .

فمن توسع من الفقهاء فى إطلاق لفظة العقد نظر إلى أن كل التزام لا يخلو من عهد ، والعهد عقد فى لغة العرب .

ومن قصره على ما كان من شخصين نظر الى المعنى الأول ، وهو الجمع والربط وهذا لا يكون الا بين تصرفين صادرين من شخصين يرتبط كل منهما بالآخر ، فمن هذا نرى أن العقد عند الفقهاء له معنيان .

أحدهما أخص من الآخر ، فيطلق على الالتزام مطلقاً سواء كان من طرفين أو من طرف واحد ويطلق على الالتزام من طرفين فقط ، والأول مختلف فيه ، والثانى متفق عليه ، وتعريفه بالمعنى الأعم هو تعريف الالتزام السابق .

أما تعريفه بالمعنى الأخص : فهو ارتباط(١) إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى محله .

والمراد من الإيجاب والقبول ، كل ما يصدر من المتعاقدين دالا على إرادتهما سواء كان كلاما أو ما يقوم مقام الكلام من الأفعال أو الكتابة أو الإشارة .

(١) فى كلام بعض الفقهاء ما يفيد أن العقد ليس هو الارتباط فقط ، بل هو مجموع الأمور الثلاثة الإيجاب والقبول والارتباط بينهما ، وفى كلام آخرين ما يفيد أنه ارتباط أجزاء التصرف الشرعى . راجع رد المحتار لابن عابدين ص٢٦١ ج ٢ باب النكاح ، والدرر ص ٣٢٦ ج ١ باب النكاح أيضا ، وفتح القدير والبحر الرائق فى باب البيع .

والربط بينهما لايوجد الا اذا توفرت شروط سنذكرها قريباً ، والتقييد بكونه على وجه مشروع الخ ، ليخرج الارتباط على غير هذا الوجه ، كما إذا قال شخص لآخر : آجرتك على قتل فلان بكذا من المال ، أو على اتلاف زراعته ، أوسرقة ماله ، ويقول الآخر قبلت ، وكما اذا قال شخص لآخر زوجتك فلانة لامرأة محرمة عليه ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن هذا غير مشروع ولايظهر له أثر فى محل العقد ، والتقييد بكونه يثبت أثره فى محله ليخرج مااذا وجد ارتباط بين كلامين لايظهر له أثر ، كما اذا كانت دار مشتركة بين شخصين مناصفة فباع كل منهما نصيبه لصاحبه بماله ، فإن هذا الكلام لايفيد شيئا ولاأثر له .

والعقد فى عرف القانونيين(١) هو : توافق ارادتين على احداث أثر قانونى من انشاء التزام ، أو نقله ، أوتعديله أو انهائه ، فإنشاء التزام كالبيع والاجارة ، ونقله كالحوالة ، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين ، وانهاؤه كالإبراء من الدين ، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد الذى كان محدداً لها(٢) .

وبالمقارنة بين التعريفين نجد بينهما تقارباً ، إلا أن تعريف الفقهاء قد يكون أحكم من تعريف القانونيين من ناحية أن الارادة أمر خفى لا يقف عليه إلا

---

(١) الوسيط للأستاذ السنهورى ص ١٣٨ .

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات » يقول فى ص ١٩ : إن الشراح يفرقون عادة بين الاتفاق والعقد » فيقولون : إن الاتفاق أعم من العقد ، فيعرفون الاتفاق « بأنه توافق إرادتين على انشاء التزام أو تعديله أو إنهائه . أما العقد فيعرفونه « بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله » ، وبذلك يكون العقد أخص من الاتفاق ، فكل عقد يعتبر اتفاقا وليس كل اتفاق يعد عقداً ، ثم يقول : إن هذه التفرقة لم تكن ذات أهمية عملية إلا أنها منطقية وما دام الكلام على العقد باعتباره مصدر التزام فلايلتفت إليه إلا من ناحية كونه منشئاً للالتزام وأخيراً عرف العقد فى ص ٢١ » : بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالى » .

بواسطة أمر ظاهر من كلام ، أو فعل ، أو إشارة ، فبمجرد توافق الإرادتين من غير صدور مايدل على هذا التوافق لا نستطيع الحكم بوجود العقد ، فكان الأولى تعريفه بما يدل على توافق الارادتين كما عرفه الفقهاء بذلك .

ولعل السر فى هذا يرجع إلى أن الأصل المأخوذ منه القانون المدنى هو القانون الفرنسى ، وهذا الأخير يعتبر الأساس فى انشاء العقود الإدارة الباطنة ولا اعتداد عنده بالإرادة الظاهرة الا اذا كانت موافقة للباطنة ، فإن خالفتها ألغيت ، وعد العقد باطلا .

ولكن القانون المدنى الجديد قد خطا خطوات نحو الارادة الظاهرة فنجده مثل . فى المادة ٧٩ — يقول: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة مايقرره القانون فى ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » وسيأتى زيادة توضيح لهذا .

هذا هو معنى العقد فى اصلاح الفقهاء والقانون ، والكلام عليه متشعب الأطراف ، فمن بيان لأركانه وتكوينه ، الى تفصيل لشروطه ، وتوضيح لحكمه ، وتقسيماته ، الى بيان العيوب التى تلحقه ، وما يثبت فيه من الخيارات واليك بيان ذلك .

٢ — تكوين العقد وانشاؤه

أركان العقد : الركن معناه فى اللغة الجانب القوى للشىء الذى عليه اعتماده ، كأركان البيت ، وهى زواياه التى يرتكز عليها .

ومعناه فى الاصلاح الشرعى : هو ما به قوام الشىء الذى لا يتحقق ولا يوجد الا به .

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد لايوجد فى الخارج الا اذاوجد عاقد وصيغة التى هى « الإيجاب والقبول » ومحل يرد عليه هذا الايجاب والقبول ويظهر أثر العقد فيه .

ولكنهم اختلفوا فى جعل هذه الأمور كلها أركاناً للعقد .

فالحنفية يذهبون إلى أن أركان العقد هى الإيجاب والقبول فقط ، وأما ماعدا ذلك من المحل والعاقدين فهى لوازم ، لأنه يلزم من وجود إيجاب أن يكون هناك موجب ، وهو أحد طرفى العقد ، وكذلك القبول يلزمه وجود قابل ، وهو الطرف الآخر . ووجودهما مرتبطين لايكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط .

وغير الحنفية(١) يقولون :إن هذه كلها أركان ، وأياً ما كان هذا الاختلاف وكونه مبنياً على الخلاف فى تعريف الركن عند الفريقين ، أو غير مبنى عليه . فهو خلاف قليل الفائدة ، وليس وراءه ثمرة ، لهذا سنطويه ونشرع فى بيان معنى الإيجاب والقبول .

معنى الإيجاب القبول : الإيجاب معناه فى اللغة . الالتزام والإثبات ، وفى الاصطلاح الشرعى . هو مايذكر أولا من كلام المتعاقدين ، أو ما يقوم مقام كلامهما الدال على الرضا سواء وقع من البائع . أو من المشترى ، وبعبارة أخرى سواء وقع من المملك أو من المتملك .

والقبول لغة مأخوذ من قبلت العقد أقبله قبولا ، بالفتح ، والضم لغة حكاها ابن الأعرابى ، كما « فى المصباح » ، وفى الاصطلاح : هو اللفظ أوما

---

(١) راجع مواهب الجليل ص ٤١٩ ج ٣ ، وشرح الرسالة ص ٢٣٩ ج ٢ باب البيوع ، ونهاية المحتاج ص ١٢ ج ٣ ، وأركانها أربعه : موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة ، وفى باب الشفعة ص١٤٢ وفى ٣٤٠ ج ٣ فى الجعالة يقول : وأركانها أربعة : صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض ،

يقوم مقامه الصادر ثانياً الواقع جوابا للأول ، ولذا سمى قبولا (١) .

وسمى الأول بالإيجاب ، لأنه أوجد الالتزام ، وسمى الثانى قبولا ، لأنه رضا بما فى الأول من التزام وإلزام ، وما جاء فى القول الثانى من التزام بالنسبة للعاقد الثانى كان نتيجة لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام .

فإذا قال شخص لآخر بعتك هذا الكتاب بعشرين قرشاً ، فإنه تضمن التزام القائل بخروج الكتاب من ملكه ، وإلزام المخاطب بالثمن ، فإذا قبل الآخر هذا الإيجاب يكون قد التزم بدفع الثمن ، وهو الإلزام الذى تضمنه الإيجاب .

هذا هو معنى الإيجاب والقبول عند الحنفية .

وذهب غيرهم إلى أن الإيجاب هو ماصدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً ، والقبول هو ماصدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولا ، فإذا قال المشترى : اشتريت منك هذا الشيء بثمن قدره كذا ، وقال البائع بعته لك بهذا الثمن ، فإن البيع ينعقد ويكون الإيجاب هو ماصدر من البائع لأنه المملك ، ويكون الإيجاب هو ماصدر من المشترى قبولا وإن صدر أولا .

شروط الانعقاد : وإذا كان العقد هو الارتباط بين الإيجاب والقبول فهذا الارتباط لايكفى فى ثبوته مجرد صدور العبارة ، أوما يقوم مقامها من العاقدين ، بل لابد مع ذلك من توفر شروط فى كل من العاقدين والمحل ، ونفس الصيغة « الإيجاب والقبول » ونحن نجملها فيما يلى .

---

(١) راجع البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٤ فى باب البيع ، وفى فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ (الايجاب هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع أو من المشترى ، والقبول الفعل الثانى ، وإلا فكل منهما إيجاب ، أى إثبات ، فسمى الثانى بالقبول تمييزاً له .

١ — أن يكون كل من العاقدين أهلا للعقد : وهذه الأهلية تتحقق بالتمييز .

وعلى هذا يكون عقد غير المميز كالمجنون ، والصبي الذى لم يصل إلى درجة التمييز باطلا ؛ لأن عبارته ملغاة لا اعتداد بها فى نظر الشارع ، وهذا الحكم شامل لجميع العقود .

٢ — أن يعلم كل من العاقدين ماصدر عن الآخر ، بأن يسمع كلامه أو يقرأ ماكتبه ويفهمه ، أو يرى فعله أو إشارته ، ويعرف مراده منها .

فإن اختل ذلك لم يتحقق العقد . كما إذا تكلم شخص بما يفيد الإيجاب فأجابه الآخر بلغة لا يفهمها ، أو بكلام غير مسموع ، ثم انفض المجلس من غير أن يعرف حقيقة جوابه ، أو تكلم نائم بكلمة تشبه الإيجاب ، فأجابه شخص بجواره بما يفيد القبول ، وأمثال ذلك كثير .

٣ — أن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا ، فلا ينعقد بيع ماليس بمال كلحم الميتة ، وكذلك بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير إذا باعهما المسلم ، ومثل هذا زواج المحرمة عليه تحريما مؤبدا أو مؤقتا ، أو رهن مايتسارع إليه التلف ، كالخضروات والفواكه غير المجففة ، لأن حكم الرهن شرعا هو الحبس حتى يستوفى الدين ، ومثل هذه الأشياء لا تبقى عادة ، فلا تكون قابلة لحكمه .

٤ — أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين لأنهما يعبران عن إرادتهما الباطنة ، فإذا كان فى دلالتهما خفاء لم يتحقق الربط بينهما ، وهذا الوضوح يتحقق بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول فى كل عقد تدل لغة أو عرفا على نوع العقد المقصود للعاقدين ، لأن العقود تختلف بعضها عن بعض فى موضوعها وأحكامها ، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقدا بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به ، ولا يلزم

فى هذه الدلالة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يستوى فى ذلك الدلالة الحقيقية والمجازية ، فينعقد البيع بلفظ الهبة عند اقترانه بالثمن ، كأن يقول : وهبتك هذا بكذا ، كما ينعقد الزواج بلفظ الهبة إذا قرن بالمهر ، لأن ذكر الثمن فى الأول ، والمهر فى الثانى قرينة على أنه أراد البيع والزواج .

٥ — أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، لأنه جواب له وتتحقق الموافقة باتحاد موضوع العقد سواء كانت الموافقة حقيقية ، أو ضمنية ، كما إذا كانت مخالفة القبول فيها خير الموجب ، مثل أن تقول المرأة : زوجتك نفسى بمائة فيقول لها : قبلت الزواج بمائة وخمسين ، فإن التوافق موجود ضمناً ، لأن القبول بمائة وخمسين يتضمن القبول بمائة ، وهذه المخالفة خير للموجب هنا وهو المرأة ، لأن من ترضى أن تزوج نفسها بمائة لا ترفض التزوج بأكثر منها ، ففى هذه الصور ينعقد العقد لكنه لا يلزم إلا بمائة ، وأما الزيادة فموقوفة على قبول المرأة لها فى المجلس ، فإن قبلتها لزمته ، وإن لم تقبلها لا تلزمه ، لأن الأموال لا تدخل فى ملك الشخص من غير اختياره إلا فى الميراث ، ومثل ذلك إذا قال الشخص لآخر : بعتك هذا بخمسين ، فأجابه بقوله قبلته بسبعين ، ولو كان الأمر بالعكس لا ينعقد ، لأن المخالفة ليست فى مصلحة الموجب .

ثم إن صور المخالفة التى لا ينعقد معها العقد كثيرة . منها إذا قبل البيع فى غير ما عينه البائع ، أو قبل فى بعض ما أوجب فيه الموجب جملة . كأن يقول له : بعت لك هذه الدار وما فيها من منقولات بألف . الدار بثمانمائة . والمنقولات بمائتين . فقبل القابل الدار وحدها بثمنها أو المنقولات وحدها بثمنها صح ذلك وانعقد العقد . لأن توزيع الثمن عليهما دليل على رضاه بتفريق الصفقة بخلاف الصورة الأولى .

وفى هذا يقول صاحب البدائع (١) : « أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشترى ما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق » اهـ

٦ - اتصال القبول بالإيجاب ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم مختلفون فى المراد بالاتصال ، فمن الفقهاء كالشافعية كما فى نهاية المحتاج من يقول: إن المراد به كون القبول فور الإيجاب ، فإذا توسط بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ولو لم يعتبر إعراضا عن العقد - لايتحقق الاتصال ، فينتفى انعقاد العقد .

ذلك لأن القبول جواب عما فى الإيجاب من إلزام والتزام ، فلابد أن يكون عقبه حتى يلتقى معه ، فإذا تراخى انتفى التلاقى ، لأن الإيجاب ينتهى بمجرد صدوره من صاحبه ، وهذا هو مقتضى القياس .

وذهب الجمهور « الحنفية والمالكية والحنابلة » (٢) إلى أن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس ، وليس المراد باتحاد المجلس كون المتعاقدين فى مكان (٣) واحد

---

(١) صـ ١٣٦ جـ ٥

(٢) فى بعض كتب المالكية مايفيد أنه إذا لم يفصل بين القبول والإيجاب مايدل على الإعراض عرفا التحق القبول بالإيجاب ، وتم العقد بينهما ، وأنه لايضر تراخى القبول عن الإيجاب مادام حصل القبول فى المجلس . راجع مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤٠ جـ ٤ .

وفى بعضهما مايفيد اشتراط الفورية . ففى شرح الرسالة فى باب النكاح صـ ١٥٢ جـ ٢ « ولابد من الفورية بين الإيجاب والقبول ، فلايجوز الفصل بينهما بغير الخطبة ليسارتها بخلاف الترتيب بين الإيجاب والقبول فانه لايشترط » اهـ المقصود منه .

(٣) يرى بعض الفقهاء أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذى ينشأ فيه العقد =

لأنه قد يكون أحدهما فى مكان غير مكان الآخر ، كالمتعاقدين بواسطة المسرة «التليفون» أو بالمراسلة ، وإنما المراد به الوقت الذى يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد ما لم يفصل بين الإيجـــاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر ابطالا للإيجاب ، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول ، أو اعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد ، فإذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر فيه مهما طال الوقت وانعقد العقد .

وعلى هذا يكون مجلس التعاقد بالمسرة هو زمن الاتصال ، فما دامت المحادثة فى شأن البيع قائمة اعتبر المجلس قائما ، وإذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر المجلس منتهيا .

والمجلس فى التعاقد بواسطة إرسال رسول ، أو خطاب هو مجلس تبليغ الرسالة ، أو الخطاب ، وللفقهاء كلام كثير فى هل يتقيد المرسل إليه بمجلس التبليغ بحيث لو لم يقبل فيه اعتبر الإيجاب منتهيا ، أو يبقى الإيجاب ما بقى الخطاب معه ، وفى هل يملك الرسول أن يجدد إيجابا غير الملغى أولا ؟ لسنا بحاجة إلى ذكره هنا .

وإنما يشترط هؤلاء الفورية كما شرطها الشافعية لدفع الحرج عن الناس ، لأن من وجه إليه الإيجاب قد يفاجأ به ، فإما أن يرفض فوراً فتفوت الصفقة عليه إذا كانت نافعة ، وإما أن يقبل فوراً فيكون الضرر إذا كانت خاسرة .

= وعلى هذا قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين ، أو راكبين لشيء يستطيعان إيقافه عن السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان ؛ فكان القبول غير مكان الإيجاب ، فلا يحصل التلاقى بينهما ، وأما إذا كانا يركبان شيئا لا يملكان إيقافه كالسفينة مثلا فإنه يعتبر المجلس واحدا : راجع البدائع ، وفتح القدير ، والبحر الرائق ، وتبيين الحقائق باب البيع .

فلهذا كان من المستحسن إعطاؤه مهلة يتروى فيها ، وقدرت بمدة المجلس ، لأنه جامع للمتفرقات ، وهى كافية للتروى ، على أنه لو جعلناها أكثر من ذلك وليس هناك مايحددها بزمن معين لجاز امتدادها أياماً كثيرة حتى يتم القابل مشورته ، وفى هذا إلحاق الضرر بالموجب ، لأنه يكون حجراً عليه فى التصرف فإذاً يكون التحديد بمدة المجلس توسطاً بين الأمرين . الفورية ، والامتداد من غير تحديد ، وفيه مراعاة للطرفين ، ودفع الضرر عنهما بقدر الإمكان .

وعلى هذا لو تبدل المجلس لم ينعقد العقد ، لأن الإيجاب عرض ينتهى بمجرد الانتهاء منه ، لكن الشارع اعتبره باقياً مادام المجلس قائماً ، فإذا انقضى المجلس زال ذلك الاعتبار ويحكم بانعدام الإيجاب ، فإذا جاء قبول بعد هذا لا يجد إيجاباً يرتبط به (١)

ومما ينبغى ملاحظته هنا أن اتصال القبول بالإيجاب ، أو اتحاد المجلس

---

(١) القانون المدنى موافق لرأى الجمهور وهو أنه لايشترط أن يكون القبول فور الإيجاب ، بل يكفى اتحاد مجلس العقد . فالفقرة الثانية من المادة - ٩٤ - تنص على أنه يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ، ويقول الأستاذ السنهورى فى وسيطه عند شرح هذه المادة : إن القانون أخذ هذا من المذهب الحنفى ، وبعد أن أبان المراد من مجلس العقد قال : فليس من الضرورى أن يكون القبول فوراً ، بل يصح متراخياً بشرطين :

١ - أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد ، فإذا انصرف أى واحد منهما إلى شىء غيره أعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب .

٢ - أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائما .

شرط فى جميع العقود ماعدا ثلاثة ، الوصية والإيصاء والوكالة ، فإنه لايشترط فيها ذلك الاتحاد .

فالوصية يكون الإيجاب فيها فى حياة الموصى ، والقبول بعد وفاته ، وعلى هذا لو قبل الوصية ، أو ردها فى حياة الموصى لايلتفت إلى ذلك ، لأن التمليك فيها مضاف إلى مابعد الموت ، فالقبول قبل هذا الوقت يكون لغواً ، ويجب إعادته بعد وفاة الموصى .

والقبول فى الإيصاء « وهو جعل الغير وصيا على أولاده ليرعى شئونهم بعد وفاته » لايلزم أن يكون فى مجلس الإيجاب ، بل يصح أن يكون فى غير هذا المجلس ، فى حياة الموصى أو بعد وفاته ، ولكنه إذا قبل فى حياته لايكون وصياً إلا بعد وفاته .

والوكالة مبنية على التوسعة واليسر فيصح قبولها فى مجلس آخر . ولذلك يصح توكيل الغائب ولايشترط فيها القبول باللفظ ، بل يكفى فى القبول أن يشرع فى فعل ماوكل به ، أو عدم الرد على رأى .

تلك هى الشروط اللازمة لانعقاد العقد ، وقد رأيت أنها موزعة بين العاقد والمحل والصيغة ، فالأول والثانى يرجعان إلى العاقد ، والثالث يشترط فى المحل والثلاثة الأخيرة ترجع إلى الصيغة ، ومع هذا التوزيع لابد من اجتماعها ، فإن اختل واحد منها لايوجد ارتباط القبول والإيجاب ، وبالتالى لايوجد عقد ، وإذا توفرت وجد العقد ، ولكنه قد يكون معيبا فلا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا إذا توافر فيه نوع آخر من الشروط تسمى فى عرف الفقهاء بشروط الصحة ، وهى تختلف باختلاف العقود .

هذا هو اصطلاح الحنفية فى تكوين العقد ، فالعقد إذا وجد عندهم قد

يكون سليما من العيوب فتترتب عليه الآثار ، وقد لايكون خالياً منها فلا تترتب عليه آثاره .

وأما غير الحنفية فلا يعتبر العقد موجوداً عندهم إلا إذا كان سليما من العيوب فالعقد المعيب لا وجود له شرعا فى نظرهم ، وعلى ذلك تكون كل الشروط مشترطة لوجود العقد ، أو لانعقاده .

وهذا الخلاف مبنى على الخلاف بينهم فى حقيقة « الرضا والاختيار » هل هما شيء واحد ، أومتغايران ؟ وسيأتى بيان ذلك . وكذلك الخلاف فى وجود مرتبة فى العقود بين الصحة والبطلان تسمى بالفساد . وسيأتى توضيح ذلك أيضاً .

خيار المجلس ومما يتصل بهذا الموضوع خيار المجلس وهو « أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بالأبدان .

ووقته المحدد له هو مجلس العقد كما يدل عليه اسمه .

أثبت هذا الخيار الإمامان الشافعى ، وأحمد بن حنبل ، لكنهما لم يثبتاه فى كل العقود (١) . بل فى نوع منها فقط : وهى العقود اللازمة من الجانبين القابلة للفسخ . كعقود المعاوضات المالية مثل البيع . والهبة بشرط العوض والإجارة وصلح المعاوضة ؛ لأن الدليل المثبت له ورد فى عقد البيع ، ويقاس عليه ماهو فى معناه من عقود المعاوضات .

وأما العقود غير اللازمة من الجانبين كالعارية ، والوديعة ، والوكالة ، والعقود

---

(١) راجع المجموع شرح المهذب جـ ٩ صـ ١٧٤ وما بعدها

اللازمة من جانب واحد ، كالرهن . والـكفالة ، فهذه ليس فيها خيار مجلس ، لإمكان فسخها فى أى وقت .

وكذلك العقود اللازمة غير القابلة للفسخ من الجانبين ، أو من جانب واحد كالزواج والخلع ، والطلاق على مال ، فهذه أيضا لايدخلها خيار المجلس ، لأن آثارها مترتبة عليها بمجرد صدورها ، ولا يمكن تأخيرها ، ولأنها ليست فى حاجة إلى هذا الخيار ، لأنها لاتتم غالبا إلا بعد روية وإعمال فكر ، وخيار المجلس مشروع لتدارك الغبن الذى يلحق أحدالمتعاقدين من قبوله فور الإيجاب من غير روية .

وأما الحنفية ، والمالـكية فلم يثبتوا هذا الخيار فى أى عقد من العقود .

والذاهبون إلى إثبات خيار المجلس يستدلون بحديث ورد فى ذلك وهو مارواه عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : البيعان بالخياو مالم يفترقا أو يختارا »(١) فهذا صريح فى أن العاقدين الذين تم بينهما البيع لا يلزمهما العقد قبل التفرق ، وقضية ذلك أن يثبت لهما الخيار فى فسخه ، وهو المراد بخيار المجلس ، وهذا المعنى هو المتبادر من الحديث ، لأن راويه وهو

---

(١) هـذا هو اللفظ الذى رواه الترمذى ، وقد روى بروايات أخرى . فى الصحيحين عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا إلا بيع الخيار » وفى لفظ آخر : « إذا تبايع الرجلان فـكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكان جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فان خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع فان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » وفى لفظ النسائى : المتبايعان بالخيار الخ . راجع نصب الراية ص ١ ج ٤

ابن عمر (٢) فهمه على هذا الوجه ، وهو من فقهاء الصحابة المجتهدين ، فلقد روى عنه أنه كان إذا باع وأراد أن ينفذ البيع سار خطوات ثم رجع ، وإذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه ، ثم مشى قليلا ورجع ، وهذا دليل على أن بقاء المجلس مانع من لزوم العقد.

والحديث وإن كان وارداً فى البيع إلا أنه يثبت حكمه فى كل ما هو فى معنى البيع من عقود المعاوضات للمعنى الذى من أجله ثبت فى البيع ، وهو التروى .

وإذا كان هذا هو معنى الحديث المتبادر فتفسيره بغير ذلك لا يقبل ، كتفسير المخالفين له : بأن المراد هنا المتساومان ؛ لأن حمل الحديث على هذا يخرجه عن أن يكون مفيدا حكما ، لأن كون المتساومين بالخيار لا يحتاج إلى دليل يثبته .

وليس بلازم عند هؤلاء أن يكون الخيار فى كل صورة ، بل لو قال أحد المتبايعين للآخر بعد تمام العقد: إختر الآن ، فاختار لزوم العقد فى الحال بطل خيار المجلس . ولو بقيا زمنا طويلا فى مجلس العقد ، كما جاء فى بعض روايات هذا الحديث : « البيعان بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » .

---

(١) فى المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٩ رد لذلك خلاصته ، أن هذا الحديث روى برواية أخرى وهى « البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله » رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجة وحنه الترمذى قال : والمراد بقوله خشية أن يستقيله ، فسخ النادم منهما للبيع لا الإقالة المعروفة ، والمعنى : لا يحل لأحد المتبايعين أن يفارق صاحبه بعد البيع خشية أن يختار فسخه فى المجلس ! وما روى عن ابن عمر يدل على أنه لم يبلغه ذلك عن النبى ! ولو بلغه ما فعله ، ومتى صحت الرواية لا يلتفت إلى قول أحد أو فعله .

والذين لم يثبتوا خيار المجلس يقولون : إن هـذا الخيار مناف لقاعـدة الالتزامات والعقود ، فإن الله أمر بالوفاء بالعقود بقوله سبحانه « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ،ولا شك أن صدور الايجاب والقبول مرتبطين كاف فى إثبات العقد ، فيكون مأمورا بالوفاء به ، والخيار مناف لذلك(١) . ولأن أساس العقود إنما هو التراضى من الجانبين ، وقد ثبت التراضى بصدور مايدل عليه وهو الايجاب والقبول ، فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس .

ثم أولوا حديث الخيار : بأن المراد بالمتبايعين المتساومان قبل العقد ، وسموا الخيار فيه خيار القبول ، وخيار الرجوع .

ويجاب عن ذلك : بأن الحديث صريح فى شرعية هذا الخيار،وهو لا يتنافى مع وجوب الوفاء بالعقود ، لأن المراد بالعقود فى الآية العقود اللازمة ، وهى ما كانت خالية من الخيارات ، ثم ماذا يقولون فى البيع الذى فيه شرط الخيار ، هل يمتنع على من له الشرط أن يفسخ العقد ؟ ، فإن قالوا : إن ذاك ورد به نص . قيل لهم : وهذا كذلك ، والحديث صحيح مشهور رواه أصحاب الكتب الستة ، وأما قضية التراضى فإن هذا الخيار مشروع ليكون التراضى تاماً .

وتأويلهم للحديث غير مستساغ ، لأنه يجعله عديم الفائدة كما قدمنا .

---

(١) ويقول الشاطبى فى موافقاته : ان مالكا رد هذا الحديث لمعارضته قاعدة الغرر والجهالة القطعية ، لأن المجلس ليس له حد معروف ولا أمر معمول به فيه لجهالة مدته ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل ذلك الشرط اجماعا ، فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطا بالشرع فقد رجع الى أصل عنده ان الحديث يرد لمعارضته الأصول القطعية . لأن الأصول قطعية وخبر الواحد ظنى .

هل الايجاب وحده ملزم لصاحبه ؟ : وإذا كان انعقاد العقد يتوقف على وجوب الإيجاب والقبول ، وتوفر الشروط السابقة فلا يكون لوجود الإيجاب وحده أثر فى إنشاء العقد ، ولكن هل يكون ملزماً لصاحبه الذى صدر منه ، فلا يجوز له الرجوع عنه حتى يعرف رأى من وجه إليه أولا ؟

يرى جمهور علماء المالكية أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه ، فإذا صدر منه كان ملزماً لصاحبه لا يبطل إلا بإعراض الآخر عنه ، أو بانتهاء المجلس ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه ، كأن يقول الموجب : أنا على إيجابى مدة كذا من الزمان ، أو يقول : بعتك كذا بكذا على أن لك حق القبول فى مدة أسبوع مثلا .

ووجهتهم فى ذلك : أن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك ، فله أن يستعمل هذا الحق إذا أراد ، ويقبل ما عرض عليه ، وله أن يتنازل عنه ويرفضه ، وحينئذ يكون الموجب مقيداً فى تصرفه حتى يتنازل الآخر عن حقه ، وعلى هذا لا يكون الرجوع مبطلا للإيجاب(١) .

وذهب الجمهور أصحاب المذاهب الثلاثة وبعض المالكية إلى أن الموجب له حق الرجوع قبل قبول الطرف الآخر ؛ لأنه لم ينشىء التزاماً مطلقاً ، بل مقيداً بقبول الطرف الآخر ، ومعلقاً عليه ، فما دام لم يتحقق الشرط ، وهو القبول لم يكن هناك التزام ، بل مجرد عرض لا يكون فيه حق ثابت للآخر ، لأنه مقيد ببقاء رضاه به ، على أن ملكه ثابت ، وحقه فى التمسك به أقوى من حق غيره ، وإذا كان الأمر كذلك فإن رجوعه يكون إبطالا لإيجابه السابق(٢) .

---

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤١ ج ٤ .

(٢) وفى هذا يقول صاحب البدائع من الحنفية « وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر ، فأحد الشطرين بعد وجوده =

مبطلات الإيجاب : يبطل الإيجاب بأمور :

١ – الرجوع عنه قبل القبول فى المجلس عند الجمهور كما عرفنا ، ومثل الرجوع الصريح فى هذا إذا أوجب إيجاباً ثانياً ، كما إذا قال : بعت لك هذا بمائة ، ثم قال قبل قبول الآخر : بعته بمائة وعشرين ، فإن الإيجاب الثانى يعتبر إعراضاً عن الإيجاب الأول وإبطالا له .

٢ – رفضه ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه ، لأنه موجه إليه ليقبله ، أو يرفضه ، فإذا رفضه بصريح العبارة أو أعرض عنه كان إبطالا له .

٣ – انتهاء (١) مجلس العقد بالاتفاق ، لأن الإيجاب اعتبر موجوداً ما دام المجلس قائماً . فلما انتهى زال ذلك الاعتبار .

ويلاحظ أن انتهاء المجلس يبطل الإيجاب عند المالكية بشرط ألا يكون الموجب قد قيد نفسه بمدة أكثر من المجلس ، كأن يقول : أنا على إيجابى مدة يومين مثلا ، لأن هذا التقييد ملزم له ، ويكون للطرف الآخر أن يقبل فى هذه المدة ، ، وحينئذ لا يبطل الإيجاب بانتهاء المجلس .

= لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللآخر خيار القبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر . لما روى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما » والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول ، وخيار الرجوع ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهذا لا يجوز » اهـ . ج ٥ ص ١٣٤ .

(١) هذا المبطل قد يكون من الموجب إذا أتى بشىء ينهى المجلس ، وقد يكون من الموجه إليه فهو أمر مشترك بينهما بخلاف الأول فإنه يكون من الموجب ، والثانى فإنه يكون من الموجه إليه .

٤ ــ خروج الموجب عن أهليته بالموت ، أو بالجنون قبل قبول الآخر ، فإذا جاء قبول بعد ذلك لم يجد إيجاباً يرتبط به ، لأن بقاء الإيجاب مدة المجلس أمر اعتبارى ، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لاحتمال رجوعه لو بقى على أهليته ، ولعدم فهمه للقبول وهو شرط للانعقاد ، ومثل ذلك زوال أهلية من وجه إليه الإيجاب ، لأن الإيجاب لا يعمل وحده بدون القبول ، وبزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغو الإيجاب .

٥ ــ هلاك المبيع المعين بالإشارة ونحوها قبل القبول ، وكذلك تغيره تغيراً يصيره شيئاً آخر(١) .

---

(١) والتشريع الوضعى عرض لذلك فى المواد ٩٢، ٩٣، ٩٤ من القانون المدنى الجديد والذى يؤخذ من مجموعها ومن الشروح، أن الإيجاب نوعان: ملزم. وهو الذى عين الموجب فيه وقتا للقبول ، لأنه بذلك يكون قد التزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد ، وكذلك إذا لم يعين ميعاداً ، ولكن طبيعة المعاملة تقتضى الميعاد. كما إذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فإن طبيعة هذا التعامل تفيد أن الموجب مرتبط بإيجابه طوال مدة التجربة .

وهذا الإيجاب لا يبطل إلا بأحد أمرين :

١ ــ إذا رفضه من وجه اليه الإيجاب سواء كان الرفض صريحاً أو ضمنياً .

٢ ــ اذا انتهت المدة المحددة للقبول ، ولم يوجد فيها قبول .

وهو فى هذا متفق مع رأى المالكية .

وإيجاب غير ملزم . وهو الذى لم يحدد فيه وقت للقبول ، وهذا يبطل أيضاً بأحد أمرين :

١ ــ اذا عدل الموجب عنه قبل انفضاض مجلس العقد .

٢ ــ انفضاض المجلس ، وهذا كما ترى متفق مع مذهب الجمهور .

ثم أن القبول الصادر بعد بطلان الإيجاب فى الصور السابقة يكون ايجاباً جديداً ، لا يجد ايجاباً قبله يرتبط به فيعتبر ابتداء عقد ، فإذا التحق به قبول من الطرف الآخر تم العقد وإلا أخذ حكم الإيجاب السابق ، وهذا هو المقرر عند الفقهاء .

العبارة الواحدة وأثرها فى إنشاء التصرف « الالتزام والعقد »

قدمنا أن التصرف هو ما يصدر من الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج ، وأنه أنواع ثلاثة .

ا — ما صدر من شخصين متضمناً إنشاء التزام من الجانبين ، وهو العقد بالمعنى الأخص .

ب — ماصدر من شخص واحد وتضمن إرادة إنشاء حق أو إسقاطه ، أو إنهائه ، وهو المسمى بالالتزام باتفاق الفقهاء ، وقد يسمى عقداً عند فريق منهم .

ج — ماصدر من شخص واحد ولم يتضمن إرادة شيء من ذلك ، وهذا لا يسمى عقداً ولا التزاماً بل تصرفاً فقط .

ولا نزاع بين الفقهاء فى أن العبارة الواحدة تنشىء النوع الثالث ، وهو التصرف المجرد عن الالتزام ، وأمثال ذلك كثير فى الفقه الإسلامى .

فالإقرار بمجرد صدوره من المقر يوجد ويترتب عليه أثره ، ولا يحتاج

= وأما فقدان الأهلية فلا يؤثر فى ايجاب ولا قبول بالإبطال ، فإذا جن الموجب ، أو مات بقى ايجابه قائماً ، ويجوز لمن وجه اليه أن يقبله بعد ذلك ، فاذا كان الايجاب ملزما تم العقد وترتب عليه أثره بمجرد أن يعلم الورثة « فى حالة الموت » ، أو القيم « فى حالة الجنون » بقبول الطرف الآخر . .

واذا لم يكن الإيجاب ملزما لا يتم العقد ، لأن القبول الذى صدر بعد ذلك لا يعمل عمله الا اذا علمه الموجب ، وهو هنا لا يتصور منه العلم ، بخلاف ماإذا كان الذى فقد الأهلية هو القابل بعد قبوله ، لأن القبول لا يبطل بفقدان الأهلية ، ويظهر أثره باتصاله بعلم من وجه اليه وهو الموجب وأهليته باقية. راجع الوسيط للأستاذ السنهورى ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

إلى شيء آخر ، والإقرار ليس إنشاء لحق ، وإنما هو اعتراف بثبوته في الماضي .

والدعوى توجد عند ما يوجد اللفظ الدال عليها من المدعي ، وكذلك الإنكار ، والقذف .

كما لا نزاع بينهم في تأثير العبارة الواحدة في إنشاء النوع الثاني ، وهو الالتزام من جانب واحد الذي يسميه بعض الفقهاء عقداً وحيد الطرف ، ولا يحتاج في إنشائه إلى شيء آخر .

فالوقف يوجد بمجرد صدور العبارة السليمة من الواقف ، ولا يتوقف على قبول من الموقوف عليهم ، والوصية كذلك توجد بعبارة الموصي ، ولا يتوقف وجودها شرعاً على قبول من الموصى له ، وإنما القبول شرط للزومها في حقه ، أو لدخول الموصى به في ملكه .

ومثلهما الطلاق المجرد عن المال ، فإنه إنهاء لحق الزوجية ، وبمجرد صدور العبارة الدالة عليه من الزوج يوجد ، ولا يتوقف على إرادة أخرى .

وكذلك إسقاط الحقوق ، كالتنازل عن حق الشفعة ، فبمجرد أن يقول الشفيع : تنازلت عن حقي ، أو أسقطت حقي يسقط ذلك الحق ، ولا يتوقف على عبارة أخرى .

وأما العقد بالمعنى الأخص المتفق عليه ، وهو ما كان التزاماً من شخصين فالفقهاء مختلفون في تأثير العبارة الواحدة في إنشائه ما بين مانع لذلك ، ومجيز له ، والمجيز ما بين مضيق وموسع .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن الأصل في هذا النوع هو تلاقي إرادتين من شخصين يدل عليهما عبارتان ، هما في الاصطلاح ، إيجاب من طرف ، وقبول من طرف آخر ، وأن النتائج المترتبة عليه مختلفة بالنسبة

لـكل من الطرفين ، وحينئذ نستطيع القول بأن حقيقة الخلاف فى هذا الموضـع هى : هل العبارة الواحدة من الشخص الواحد يمكن أن تنوب عن العبارتين من الشخصين وتؤدى الغرض المقصود منهما وهو إنشاء العقد أو لا؟

هنا وفى هذا الموضع نجد للفقهاء مذاهب ثلاثة :

الأول : المنع مطلقاً . وإليه ذهب زفر من الحنفية ،والإمام الشافعى تمسكا بالأصل السابق موضحين هذا : بأن العقد تترتب عليه آثار مختلفة وأحكام متباينة بالنسبة إلى كل من العاقدين ، فهذا مملك وذاك متملك ، وهذا ملزم بشيء ، وذاك ملتزم به ، وأحدهما مطالِب بتسليم شيء ، والآخر مطالَب بتسلمه ، وهذا يقتضى وجود عبارتين من شخصين يتوزع بينهما أحكام العقد.

وهذا المذهب يقرر ذلك بالنسبة لجميع العقود حتى عقد الزواج الذى اتفق المذهبان الثانى والثالث على صحة إنشائه بعبارة واحدة ، لأن المانع السابق موجود فيه ، ولأنه ورد فيه بخصوصه نص يمنع من صحته ، وهو حـديث «كل نـكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح ، خاطب وولى وشاهدا عدل [1] » .

غير أن الإمام الشافعى استثنى صورة واحدة [2] من عقد الزواج صحح

---

(١) هذا الحديث رواه البيهقى عن أبى هريرة مرفوعا وموقوفاً ، وفى إسناده المغيرة بن موسى البصرى : قال البخارى منكر الحديث ، ورواه الدارقطنى بسند عن عائشة بلفظ « لا بد فى النكاح من أربعة الولى والزوج والشاهدين » وفى إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة وهو مجهول ، وهكذا يكون الحديث مطعوناً فيه فلا يحتج به ، راجع نيل الأوطار ص١٠٨ ج ٦ .

(٢) للشافعية مسائل أخرى مستثناة من هذا الأصل منها : أنه يجوز للأب والجد أن يرهنا مالهما لموليهما إذا كان له دين عليهما وبالعكس ، وفى هذه الحالة يتولى الأب أو الجد طرفى عقد الرهن . نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٢ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٣ .

فيها العقد بعبارة واحدة من شخص واحد ، وهى ما إذا زوج الجد حفيديه أحدهما للآخر ، بأن يزوج بنت ابنه المتوفى لابن ابنه المتوفى كذلك إذا كان فى زواجهما مصلحة ،

والسبب فى هذا الاستثناء ، هو أنه لم يثبت ولاية الإجبار فى الزواج إلا للأب والجد الصحيح .

ولما كانت عبارة الصغير ملغاة لا تعتبر أباح ذلك لأجل ضرورة وجود ولى واحد ، وعدم صحة التوكيل من الصغيرين ، ومحافظة على مصلحتهما .

المذهب الثانى : وهو التفصيل بين عقود المعاوضات المالية ، وعقد الزواج فمنع فى الأول ، وأجاز فى الثانى ، وإليه ذهب أبو حنيفة وصاحباه ، ووجهتهم فى هذا التفريق : أن حقوق العقد فى الزواج ترجع إلى الزوج والزوجة ، والمتولى للعقد سفير ومعبر عنهما فقط ، فعبارته قائمة مقام العبارتين ، وأما فى عقود المعاوضات الأخرى فالحقوق فيها ترجع إلى متولى العقد ، وهو العاقد نفسه ، وهذا مانع من إنشائه بعبارة واحدة من شخص واحد ، لأن الحقوق متباينة ، فلا بد من عاقدين لتتوزع تلك الحقوق عليهما ، ومع هذا الفرق فقد استثنوا من عقود المعاوضات بعض صور قليلة ، كبيع الأب أو وصيه أو الجد مال الصبى الذى فى ولايته من نفسه ، أو شرائه منه ، وكذلك بيع الأب مال أحد ولديه الصغيرين للآخر ، وعللوا هذا الاستثناء : بأن الحاجة الملحة تقتضى إجراء هذه العقود من شخص واحد لعدم صحة التوكيل من هؤلاء الصغار ، فلو منع ذلك لتعطلت مصالحهم ، كما أن وفور الشفقة عند هؤلاء وحرصهم على مصلحة الصغار مانع من قصد إلحاق الضرر بهم .

ولهذا المعنى أيضاً جوزوا للقاضى فى بعض الصور أن يعقد البيع بعبارة واحدة ، فأباحوا له أن يبيع مال قاصرين — لا ولى لهما — من بعضهما ، أو مال أحد الوقفين للآخر ، باعتبار ماله من الولاية العامة .

وأما عقد الزواج فقد كان استثناؤه بناء على أن حقوق العقد ترجع إلى الزوجين كما سبق إلا أنهم شرطوا فى صحة ذلك أن يكون المتولى له بعبارة واحدة له صفة بالنسبة لطرفى العقد تجيزله انشاء العقد، سواء كانت الصفة متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عنهما، أو مختلفة كالولاية بالنسبة لأحد الطرفين، والوكالة بالنسبة للطرف الآخر، وما دامت الحقوق راجعة إلى الزوجين فلا تناقض فى هذا.

أما إذا كان الشخص الذى تولى عقد الزواج له صفة عن أحد الطرفين، وليس له صفة بالنسبة إلى الآخر، كأن يكون ولياً، أو وكيلا عن طرف وفضولياً بالنسبة إلى الثانى، فلا ينعقد عند أبى حنيفة ومحمد، وأجاز أبو يوسف ذلك، وقال ينعقد موقوفا، وهى المسألة المشهورة بتزويج الفضولى، ثم إنهم استندوا فى هذا الاستثناء إلى آثار شرعية منها.

ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة»؟ قال نعم، وقال للمرأة: «أترضين أزوجك فلانا»؟ قالت نعم، فزوج أحدهما من صاحبه (١).

وما رواه البخارى من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلى؟ قالت نعم، قال: «تزوجتك» (٢)، فقد تم عقد الزواج فى الحديث الأول بعبارة واحدة من رسول الله بوكالة عن الزوجين،

---

(١) بقية الحديث فى نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٣ «فدخل بها ولم يفرض لها صداقا، ولم يعطها شيئا، وكان ممن شهد الحديبية، وكل من شهد الحديبية كان له سهم بخيبر. فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله زوجنى فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا، وأنى أشهدكم أنى أعطيتها من صداقها سهمى بخيبر. فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف درهم.

(٢) المرجع السابق.

وفى الأثر الثانى بعبارة من شخص له صفتان أصالة عن نفسه ووكالة عن المرأة.

وبعد هذا كله يعللون الجواز : بأن العبارة الواحدة فى تلك الصورة قائمة مقام العبارتين ، ومعبرة عن إرادتين ، ويكون الشخص موجبا وقابلا فى آن واحد ، فعبارته باعتبار صفته عن أحدهما تكون إيجابا ، وباعتبار صفته عن الآخر تكون قبولا .

المذهب الثالث : وهو الجواز مطلقا فى جميع العقود لا فرق بين وعقد، وإلى هذا ذهب الحنابلة،وهذا المذهب كما ترى يخالف المذهب السابق فى عقود المعاوضات المالية ، فيصح أن يتولى عقد البيع أو الإجارة وما شابههما عاقد واحد عن الطرفين ، ولكن بشرط أن يكون له صفة تجيز إنشاء العقد ، لأن عقد الفضولى الذى لا صفة له غير صحيح عندهم ، والسبب فى هذا المخالفة ، أن المانع من ذلك غير موجود ، لأن حقوق العقد فى المعاوضات ترجع إلى من باشر العقد من ولى أو وكيل ، وما دامت الحقوق ترجع إلى غير المباشر فلا يقال : إنه لا يعقل أن يكون الشخص مملكا ومتملكا فى آن واحد ، لأن المملك هنا غير المتملك .

وأنت ترى أن مذهب الحنابلة هذا فيه شىء من المغالاة يظهر ذلك فيما قالوه فى عقد الوكالة : من أنه يصح أن يكون الشخص وكيلا عن المدعى ، والمدعى عليه ، فيدعى عن أحدهما ويجيب عن الآخر ، ويقيم حجة كل واحد منها (١) .

كما أن المذهب الأول فيه تضييق على الناس ، فقد توجد ضرورة او حاجة

(١) راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

مصلحة تقتضى أن يقوم شخص واحد مقام شخصين فيعقد عنهما ، فمنع ذلك إضرار بالناس وإيقاع لهم فى الحرج ، وهما منفيان عن شريعة الله التى جاءت باليسر والرحمة للناس ، على أنه مخالف للحديث الذى رويناه من قبل فى صحة عقد الزواج بعبارة واحدة .

ومن هذا يتبين لنا رجحان المذهب الثانى .

هذا هو أثر العبارة الواحدة فى الالتزام من جانب واحد ، والالتزام من جانبين « العقد ذى الطرفين » وهناك نوع من العقود وسط بين النوعين ، وبعبارة أخرى مختلف فيه بين الفقهاء ، هل يتوقف تحققها على إيجاب وقبول ، أو يكفى فيها الإيجاب فقط .

وأثر العبارة الواحدة فيها ظاهر . فعلى القول بأن ركنها الإيجاب تكون العبارة الواحدة من شخص واحد كافية فى إنشائها ، وعلى الرأى الثانى وهو أن ركنها الإيجاب والقبول فلا يكفى فيها عبارة واحدة أو على الأقل تأخذ حكم العقد ذى الطرفين من هذه الناحية ، وقد علمت ما فيه من خلاف .

ومن أمثلة هذا النوع . الهبة ، والكفالة ، والإبراء من الدين

صيغة العقد : وبم تتحقق ؟ : صيغة العقد هى صورته الحسية التى يوجد بوجودها فى الخارج ، أو هى الدال على توجه إرادة العاقدين ، ذلك لأن الأساس فى العقد هو توجه إرادة العاقدين لإنشائه ، وهذه الإرادة أمر باطنى لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة ، وهذا الدال هو الذى سماه الفقهاء صيغة العقد .

وإذا كان معنا دال ومدلول ، والمدلول هو الأصل ، ولكنه خفى لا اطلاع لنا عليه ، والدال هو المبين له وهو ظاهر ، فلا بد إذاً فى هذا الدل من أن

يكون واضحاً فى دلالته على ما قصده المتعاقدان من غير احتمال لمعنى آخر كالوعد والمساومة — كما سبق ولا يضر بعد ذلك أن يكون قولا أو فعلا أو إشارة ، أو كتابة .

والأصل فى التعبير أن يكون بالكلام .

وقد اتفق الفقهاء على أن الكلام هو السبيل الأول للتعبير(١) عن الإرادة لذلك ينعقد به كل عقد أياً كان نوعه متى كان العاقد قادراً عليه ، وبأى لغة متى كان العاقد ان يفهمانها ، ولا يشترط فى اللغه أن تكون فصيحة ، بل يصح أيضاً باللغة العامية ، وبأى لفظ متى كان واضح الدلالة على المراد .

فمثلا يصح فى البيع أن يقول الموجب : بعت لك هذا بكذا ، أو ملكته لك بكذا ، أو أعطيتك هذا الشيء بكذا ، أو وهبتك هذا بثمن قدره كذا . ويقول القابل : اشتريت ، أو قبلت أو رضيت ، أو خذ الثمن وهات المبيع لم يخرج عن هذا الاتفاق إلا عقد الزواج ، فإن الفقهاء مختلفون فيما يعقد به من الألفاظ ما بين مضيق وموسع « فبينما يذهب فريق منهم « كالشافعية (٢) » إلى أنه لا ينعقد إلا بلفظى الزواج والنكاح ، وما أخذ منهما من الأفعال « كزوجتك وزوجنى ، وماشا كل ذلك ، وهذا فى حق من يحسن العربية ، وأما من لا يحسنها فيصح منه باللفظ الذى يؤدى هذا المعنى .

---

(١) يقول القرافى فى آخر كتابه الإحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٨١ عند بيان المفتى لفتواه : « والأحسن أن يكون البيان باللفظ دون الكتابة فان اللسان يفهم مالا يفهمه القلم . فانه حى والقلم ميت » .

(٢) ويوافقهم الحنابلة فى هذا كما فى كشاف القناع ص ٣٠ حـ ٣ . ولهم قول آخر أوسع من هذا كما فى المغنى .

وسندهم فى هذا الرأى : أن عقد الزواج ليس كـكل العقود لما له من عظيم الخطر حيث ورد على المرأة وهى حرة ، وشرع لأغراض عظيمة ، منها تـكثير النسل وتـكوين الأسر ، فهو بهذا يكون فيه ناحية تعبدية تجعلنا نقف عندما حده الله له لا نتعداه لا بقياس ولا بغيره ، والقرآن جاء فى موضع تشريعه بهذين اللفظين فقط ، جاء ذلك فى أكثر من عشرين آية . منها قوله تعالى :

« فانـكحوا ماطاب لـكم من النساء » (١) ، « وانـكحوا الأيامى منـكم (٢) » ، « حتى تنـكح زوجا غيره (٣) » ، « ولا تنـكحوا المشركات حتى يؤمن (٤) » ، « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها » (٥) ،

نقول بينما نجد هذا الفريق من الفقهاء يذهب إلى هذا الرأى إذ بنا نجد آخرين كالحنفية (٦) يذهبون إلى عكس ذلك ، فيصححون عقد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك العين فى الحال ، كالتمليك والبيع والصدقة ، والعطية إذا وجدت قرينة

---

(١) النساء — ٣ (٢) النور — ٣٢ (٣) البقرة — ٢٣٠ (٤) البقرة — ٢٢١ (٥) الأحزاب — ٣٧ (٦) مذهب المالـكية فيه اتفاق على انعقاده بلفظى النكاح والزواج وما أخذ منهما . وفيه اختلاف فى ألفاظ الهبة والبيع والتمليك اذا ذكر منها ما يدل على أنه أريد بها الزواج . ففى كتاب التاج والأكليل شرح مختصر خليل ص ٤٢ ج ٣ ما ملخصه . وفى انعقاده بلفظ الهبة تردد وكذلك ما عدا زوجت وأنـكحت .

وفى حاشيته المسماة بمواهب الجليل ص ١٩ قال ابن الحاجب : الصيغة لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة كانـكحت وزوجت وملـكت وبعت ، كذلك وهبت بتسمية صداق اهـ .

دالة على أن المراد بها الزواج سواء كانت هذه القرينة تسمية المهر أو غيرها(١).

ورأى الحنفية فى نظرى أرجح من الرأى الآخر: لأن عقد الزواج كغيره من العقود التى تنشأ تبعاً لرغبة المتعاقدين، وتراضيهما، ومادام اللفظ المستعمل ينبىء عن تراضى الطرفين مفهوماً لهما ولشهود العقد فهو محقق للغرض الذى من أجله صدر، والمسألة ليست مسألة ألفاظ، لأنه كما ورد فى تشريعه لفظ الزواج والنكاح ورد أيضاً لفظ الهبة فى كتاب الله، «وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين»(٢)، وما قيل: من أن انعقاد الزواج بلفظ الهبة خصوصية لرسول الله كما يدل آخر الآية مدفوع: بأن الخصوصية فى إباحة تزوجه ﷺ بغير مهر، كما يدل عليه سياق الآيات.

ثم ماذا يقولون فى التمليك الذى جاء فى بعض روايات حديث ورد فى الزواج، وفيها يقول رسول الله للرجل: «ملكتكها بما معك من القرآن»(٣)؟.

---

(١) راجع فتح القدير باب النكاح ج ٢. ورد المحتار لابن عابدين ج ٢ باب النكاح.

(٢) الأحزاب — ٥٠

(٣) أصل هذا الحديث أن امرأة جاءت إلى رسول الله تعرض نفسها عليه للزواج فأعرض عنها الرسول: فقال رجل من الجالسين إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها يارسول الله. فقال له الرسول: هل عندك مال تدفعه لها. فقال الرجل ليس عندى الا ازارى هذا. فقال له: هل عندك غيره فقال لا. فقال له: التمس ولو خاتما من حديد فذهب الرجل ورجع فقال: ولا خاتما من حديد، فقال له رسول الله: ماذا تحفظ من القرآن؟ فقال الرجل سورة كذا وكذا وعد سورا، فقال الرسول: علمها شيئاً من القرآن. ثم قال: «ملكتها بما معك من القرآن».

كل ذلك يدل على أن الزواج يصح بكل لفظ يفيد التمليك للعين فى الحال فما الفرق بين لفظ البيع والصدقة وبين لفظ التمليك فى إفادة الملك متى ذكر معه المهر المختص بعقد الزواج ؟! .

والفقهاء — مع اختلافهم هذا — متفقون على أنه لا ينعقد بألفاظ الإعارة، والإباحة، والإحلال، والإجارة، والوصية، لأن هذه الألفاظ بعيدة عن معنى الزواج فلا تدل عليه .

ثم إنهم تكلموا عن الصيغة من ناحية أخرى، وهى بأى الأفعال تكون أبالماضى، أم بالمضارع والأمر ؟ .

ذلك لأن هذه الأفعال تختلف فى دلالتها، فالماضى يدل على حصول الحدث قطعاً من غير احتمال، أما الأمر والمضارع فيدلان على حصول الحدث فى الحال والاستقبال ففيهما احتمال الوعد والمساومة .

من أجل هذا اتفقوا على انعقاد العقد بالفعل الماضى، لأنه أدل على المراد من غيره، وليس معنى هذا أنه وضع لإنشاء العقد، بل المراد أن الناس من حين تعاقدوا استعملوه، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك، والناس حينما يتبايعون يقولون : بعت، واشتريت، ورهنتك، وزوجتك، ووهبتك، وأعرتك بأسلوب الماضى .

وأما غيره من الأفعال فينعقد العقد بها إذا وجدت قرينة تنفى احتمال العدة والمساومة . مثل زوجنى بمهر كذا . فيقول الآخر : زوجتك، ومثل قول الرجل للمرأة : تزوجينى نفسك بمهر قدره كذا، فتقول له : زوجتك نفسى... الخ .

والجملة الإسمية تصلح لذلك أيضاً على الأصح، فإذا قال شخص لآخر : أنا بائع لك كذا، أو أنا واهب لك كذا، فقال الآخر : أنا قابل، انعقد، وكذلك حرف الجواب، كنعم فى مثل قول القائل : بعنى هذا الشىء بكذا، فيقول الآخر : نعم .

وأما الكتابة : فينعقد بها العقد بشرط أن تكون مستبينة [1] بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، وأن يقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر ويفهمه ، فإذا كتب أحد المتبايعين كلمة الإيجاب . بعت لك هذا الشيء بعشرين قرشاً ، فكتب الآخر قبلت ، وكانت الكتابة مستبينة ، وقرأها كل من المتعاقدين وفهمها فإنه ينعقد عقد البيع حينئذ ، كما لو تلفظا بهاتين العبارتين ، وأما لو كانت الكتابة غير مستبينة ، كما لو كتب على الماء ، أو فى الهواء ، أو كانت باقية ، ولكن أحدهما لم يقرأ ما كتبه الآخر ، أو قرأه ولم يفهمه ، ولكنه كتب كلاماً يدل على أحد ركنى العقد ، فنى هذه الصورة لا ينعقد العقد لاختلال شرط من شروط الانعقاد .

ثم إن الكتابة معتبرة بأى لغة كانت مادامت مفهومة ، ولا يشترط فى الانعقاد بها عجز العاقدين عن النطق ، بل يصح وإن كانا قادرين عليه ، وهذا الحكم يسرى فى كل العقود ما عد الزواج فى حال اجتماع الطرفين فى مكان واحد ، فإنه لاينعقد العقد بالكتابة منها إلا إذا كانا عاجزين عن النطق .

والسبب فى ذلك . أن عقد الزواج يشترط فى صحته حضور الشهود وسماعهما كلام الزوجين ، وهذا لا يتيسر فى الكتابة ، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية ، وبالكتابة يكون سراً ، والرسول قد أمر بإعلانه بقوله : « أعلنوا هذا النكاح » .

وأما إذا كانا غير مجتمعين بأن كان أحدهما فى بلد والآخر فى بلد آخر فيتعذر الانعقاد بالكلام ، فيكون كحالة العجز عن النطق ، وحينئذ يصح الانعقاد بالكتابة كأن يكتب أحد الراغبين رغبته فى كتاب ويقول : زوجينى نفسك بمهر قدره كذا ، ثم يرسله إلى الطرف الآخر ، فإذا وصله وقبل فى مجلسه « مجلس قراءة الكتاب » انعقد العقد ، ويكون هذا أمام شاهدين

---

(1) راجع تبيين الحقائق للزيلعى ، وحاشية الشلبى عليه ج٦ ص٢١٨ فى بحث مسائل شتى.

يقرأ عليهما الكتاب الذى فيه الإيجاب ، ثم يقبل بكلام مسموع لهما ، فلو قام من غير أن يقبل انتهى الإيجاب ، حتى إذا قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد .

ولكن بعض الفقهاء توسع فى هذا واعتبر بقاء الإيجاب مرتبطاً بوجود الكتاب نفسه ، فما دام الكتاب موجوداً مع المرسل إليه له أن يقبل فى أى وقت ولا يتقيد بالمجلس ولكن الراجح هو الرأى الأول . (١)

ومثل إرسال الكتاب إرسال الرسول لتبليغ الإيجاب ، ومجلس التبليغ هو مجلس العقد فيجب أن يقبل فيه .

وأما الإشارة : فلا تخلو إما أن تكون من القادر على الكلام أو من العاجز عنه كالأخرس مثلا ، والعاجز إما أن يكون يحسن الكتابة أو لا يحسنها حالات ثلاث يختلف الحكم فيها .

الحالة الأولى : إذا كانت من القادر على الكلام فلا ينعقد بها العقد عند جمهور الفقهاء ، لأن الأصل فى التعبير عن الإرادة يكون بالكلام ولا يلجأ إلى غيره إلا عند العجز .

ولكن المالكية يخالفون فى ذلك ، ويقررون أن الإشارة المفهومة معتبرة فى العقود ، لأن المقصود هو التعبير عن الارادة بما يدل عليها والإشارة المفهمة تدل على ذلك ، بل إنها أولى فى الدلالة من الفعل الذى ينعقد به العقد بلا خلاف إلا فى التفصيل ، : على أن الإشارة سماها القرآن كلاماً فى قصة زكريا عليه السلام فى قوله تعالى : « قال رب اجعل لى آية . قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً » (٢) والرمز الإشارة ، ولكنهم استثنوا من ذلك عقد

(١) وفى هذا يقول صاحب الهداية من الحنفية ، والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة » اهـ .

(٢) آل عمران - ٤١ .

الزواج ، فقالوا : إنه لاينعقد بالإشارة فى تلك الحالة ، لخطورته وما يترتب عليه من آثار فى غاية الأهمية .

والقانون المدنى الجديد يوافق ما ذهب إليه المالكية فيقرر فى المادة (٩٠) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقته المقصودة » .

الحالة الثانية : إذا كانت من الأخرس الذى ولد ومعه هذه الآفة (١) وكان عاجزاً عن الكتابة فإن عقده ينعقد بها بلا خلاف بين الفقهاء بشرط أن تكون مفهمة ، فإن كانت غير مفهمة اعتبرت لغواً .

الحالة الثالثة : إذا كانت من العاجز الذى يحسن الكتابة فى مذهب الحنفية روايتان .

إحداهما تقرر أنها تعتبر ، لأنه عند العجز عن الكلام ينتقل إلى مايقوم مقامه ، والإشارة والكتابة فى ذلك سواء .

والرواية الأخرى تقول : إن الكتابة أبلغ فى الدلالة من الإشارة ، لأن الكتابة يعرفها كل من يقرأ ، بخلاف الإشارة فإنه لايعرفها كل واحد ، على أن دلالتها فيها اشتباه ، فكانت الكتابة أقوى من الإشارة وعند اجتماع الدلائل يقدم الأقوى ، وعلى هذه الرواية سارت المحاكم .

التعاقد بالأفعال : لا خلاف بين الفقهاء فى أن الزواج لا ينعقد بالأفعال الدالة على الرضا ، كإعطاء المهر مثلا ، فلو أعطى رجل امرأة مبلغاً من المال على أنه مهر بقصد الزواج « المتفق عليه بينهما قبل ذلك » ، فتابعته المرأة

(١) قيدنا بذلك لأن الخرس الطارىء بسبب المرض مثلا مختلف فى اعتبار الإشارة من صاحبه ، فقيل تعتبر كالأخرس الأصلى ، وقيل لا تعتبر إلا إذا يئسنا من عودة النطق إليه وهو رأى الحنفية .

من غير أن يتلفظا بعقد، وعاشا معاً كالأزواج، كان ذلك مجرد تراض على المعاشرة والاستمتاع، ولا يكفى فى تمييز الزواج عن السفاح.

ذلك لأن عقد الزواج له خطورته لما يترتب عليه من الآثار، وأنه وارد على المرأة وهى حرة لم تبح إلا للضرورة(١)، حفظاً لكرامتها وصوناً لها عن الابتذال لم يبح حلها بفعل يدل على ذلك، بل لابد من القول حتى يسمع شهود العقد ليتحقق الإعلان المأمور به.

ثم إن الناس تعارفوا التعاقد بالفعل فى غير الزواج على مر الزمان، ولم يحدث أن عقدوا زواجاً بالأفعال، وألحق الشافعى بالزواج الطلاق والخلع والرجعة فلم يجوزها إلا بالقول، وأما بقية العقود فقد اختلفت اجتهادات الفقهاء فيها على ثلاثة آراء.

الأول: أنها لاتعقد بالأفعال، لعدم قوة دلالتها على التعاقد، لأن الأصل فى العقود أن تكون بالألفاظ لوضوح دلالتها، لأن الناس يعبرون بها عن أغراضهم ولم يعدل عنها إلى غيرها إلا فى مواضع الحاجة، كالإشارة بالنسبة للأخرس، أو الكتابة لأنها قائمة مقام الكلام، ولأنها تنحل إلى ألفاظ عند قراءتها، وليس فيها احتمال، أما الأفعال فإنها تختلف باختلاف الناس، وتحتمل غير المراد من العقد، فلا يعقد بها أى عقد.

هذا ماذهب إليه الشافعى وأحمد فى رواية عنه.

ولما فى هذا القول من الحرج ذهب بعض المتأخرين من الشافعية إلى أنه

---

(١) ولذلك قيل فى القواعد «إن الاباحة والبذل إنما يجريان فى الأموال لا فى المتعة» البدائع ج٦ص ٢٢٧.

يصح فيما تعارفه الناس ، ومنهم من صححه فى الأمور التافهة لا النفيسة(١) .

الثانى : أنها تعقد بالأفعال فيما تعارفه الناس سواء كان حقيراً ، أو نفيسا، لأنه بعد التعارف واعتياد الناس له يصير أداة ظاهرة فى التعبير عن الإرادة » .

ومن هذا النوع ركوب السيارات المعدة لنقل الركاب بالأجر ، والقطارات، وحياكة الثياب ، وشراء الصحف والمجلات ، والأشياء المحددة الأثمان بدفع الثمن وأخذ المبيع ، والتصدق ، وهذا مذهب الحنفية ورواية عن أحمد ، وإليه مال بعض الشافعية كما سبق فإن من قال منهم يجوز فى الحقير دون النفيس قاله بناء على جريان العرف بذلك.

ثم إن الحنفية صححوه بشرط أن يكون ثمن المبيع معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع وإلا فسد العقد ، ولا يلزم لانعقاد العقد أن يكون التعاطى من الجانبين على رأى محمد ، وعليه الفتوى ، بل يكفى أن يكون من جانب واحد ، فإذا أخذ البائع الثمن ، ولم يعط المبيع ، أو أخذ المشترى المبيع ، ولم يعط الثمن صح البيع ولزم حتى ولو تغير الثمن (٢) .

الثالث : إنها تنعقد بالأفعال متى كان الفعل واضح الدلالة فى جميع العقود ماعدا الزواج ، سواء جرى به العرف أو لا ، وهو ظاهر مذهب أحمد

---

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٤ ج٣ ، وبهذا قال الكرخى من الحنفية ، كما فى الدر المختار « أول باب البيع » .

(٢) راجع رد المحتار لابن عابدين ص ١٥ وما بعدها ج ٤

ابن حنبل ، ومذهب مالك(١) .

وينعقد بالفعل سواء كان من الجانبين أو من جانب واحد ، كما فى المذهب السابق إلا أنه لا يكون لازما(٢) إذا كان من جانب واحد حتى يوجد القبض من الجانب الآخر فيلزم .

ووجه هذا الرأى . أن الشارع لم يجعل للعقود رسما خاصاً توجد عليه ، وإنما جعل الأساس فى إنشائها هو التراضى ، والتراضى أمر باطنى لا يظهر لنا إلا بما يدل عليه ، فكل ما دل على وجود التراضى فهو معتبر فى نظر الشارع ، والأفعال الواضحة لا تقل عن غيرها فى الدلالة ، ولا أدل على ذلك من تعاقد الناس بالأفعال من عصر النبوة وما بعده من العصور ، على أن الكلام والإشارة والكتابة التى أجازوا بها التعاقد بالاتفاق ما هى إلا أفعال فى حقيقتها ، فما وجه إجازة التعاقد إذاً ببعض الأفعال دون البعض الآخر ؟ لا شيء إلا أنه تحكم لا أساس له فى شرع الله .

ونحن إذا نظرنا إلى هذه الآراء على ضوء ما هو مقرر فى شريعة الله من أنها جاءت بما يحقق مصالح الناس من غير إيقاعهم فى حرج ، أو عنت نستطيع

---

(١) جاء فى كتاب الفروق للقرافى ج ٣ ص ١٤٣ وما بعدها ، فى الفرق - ١٥٧ - بين قاعدة البيع توسع العلماء فيه حتى جوز مالك البيع بالمعاطاة وهى الأفعال دون شيء من الأقوال وزاد على ذلك حتى قال : كل ما عده الناس بيعا فهو بيع ، وقاعدة النكاح . وقع التشديد فيها فى اشتراط الصيغ حتى لا أعلم أنه وجد لمالك القول بالمعاطاة فيه ألبتة بل لابد من لفظ) . راجع هذا الفرق فإنه بين فيه السبب فى أن عقد الزواج لا يصح بالأفعال أجلى بيان .

(٢) ويترتب على ذلك أن الشخص لو اشترى طعاماً معلوم الثمن بالتعاطى ولم يدفع ثمنه جاز له أن يأكله لصحة العقد وجاز له أن يرده ويأخذ بدله ، وليس فيه بيع طعام بطعام نسيئة ، لأن العقد منحل قبل القبض من الجانبين .

أن نقول إن أرجح هذه الآراء هو الرأى الثالث ، لأنه يتفق والحياة العملية لما فيه من يسر وتيسير.

والتشريع الوضعى يوافق هذا الرأى جاء ذلك صريحا فى المادة — ٩٠ من القانون المدنى الجديد ، ونصها :

١ — التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقه المقصود .

٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

ويقول الدكتور السنهورى فى وسيطه(١) عند هذا الموضوع : ويكون التعبير الصريح أخيرا باتخاذ أى موقف آخر لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحا .

* * *

العقد بين نية العاقد وإرادته

أو بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

عرفنا مما تقدم أن العقد لايوجد إلا إذا وجدت إرادتان . إرادة باطنة تسمى عند الفقهاء بالنية ، وإرادة ظاهرة ، وهى المسماة بالصيغة ، والأولى هى

---

(١) ص ١٧٦ وما بعدها .

الأصل ، ووظيفتها التوجيه للظاهر والثانية دالة على الأولى ، ووظيفتها إبراز ما فى النفس ، فهى المؤثر الظاهر فى وجود العقد فى الخارج.

على هذا لايكون لوجود إحداهما منفردة أثر فى وجود العقد وترتب آثاره عليه فلو عزم شخص فى نفسه على بيع ماله ، أو إجارته ، أو رهنه من غير أن يوجد منه مايدل على ذلك لايكون عزمه هذا إيجاباً من جانبه .

ولو عزم رجل على الزواج من امرأة معينة ، وعزمت هى على ذلك ، فلا زواج بينهما مالم يوجد منهما مايظهر هذا العزم .

وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها فلا تفيد شيئاً ، كما إذا صدرت العبارة ممن ليس له إرادة كصبي غير مميز ، أو نائم ، أو مجنون ، لأن الإرادة الظاهرة ماهى إلا دليل معبر عما فى النفس ، فإذا لم توجد إرادة باطنة لاتكون هذه دالة ، وعند انتفاء دلالتها ينتفى عملها .

هذا مما لانزاع فيه بين الفقهاء ، وكما اتفقوا على ذلك اتفقوا على أنه يوجد العقد وتترتب عليه الآثار إذا وجدت الإرادتان متوافقتين ، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجدتا وكان فى إحداهما خلل ، أولا توافق بينهما ، فنى هذه الحالة . هل يعول على الباطنة ، أو الظاهرة ، وقبل تفصيل ذلك يحسن بنا أن نبين ماتتحقق به الإرادة الباطنة ، أو الأساس الذى تقوم عليه ، بعد أن عرفنا فى البحث السابق ، ماتتحقق به الإرادة الظاهرة .

وقد اتفق الفقهاء على أنها تتحقق بالرضا والاختيار ، ولكنهم اختلفوا فى أنهما شىء واحد ، أومتغايران ، وبعبارة أخرى . هل هما متلازمان ، إذا وجد أحدهما يوجد الآخر أولا ؟

فالحنفية يذهبون إلى تغايرهما(١) ، وعدم التلازم بينهما من الجانبين ، فيعرفون

---

(١) يدل على ذلك كلامهم فى بحث عوارض الأهلية علم الأصول .

الاختيار : بأنه القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد ، على أنها سبب عادى له ، ووسيلة شرعية إليه ، وإن لم تكن له رغبة فى إنشائه وترتب آثاره عليه .

والرضا ، هو الرغبة فى آثار العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه .

إذاً يكون القصد من العاقد ، إما أن يتوجه إلى التلفظ بالعبارة الموضوعة لإنشاء العقد فقط ، وإما أن يتوجه إليها وإلى مايترتب عليها من آثار ، وهذا مايفسر به كلام صاحب كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام حينما عرف(١) الرضا : بأنه امتلاء الاختيار ، أى بلوغه غايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشه فى الوجه،ونحوها ، وذلك لأن القصد إلى العبارة وآثارها قصد كامل ، أو اختيار كامل ، وأما القصد إلى العبارة وحدها فهو قصد ناقص .

وحينئذ يكون وجود الرضا مستلزماً لوجود الاختيار ، ولا يلزم من وجود الاختيار وجود الرضا .

وبناء على هذا يكون الهازل فى العقد غير راض به لعدم رغبته فى الآثار المترتبه عليه ، ومثله المكره فى أغلب صور الإكراه ، ولكنهما مختاران

= يقول صاحب كشف الأسرار الكبير فى شرحه لأصول فخر الإسلام جـ ٤ صـ ١٣٧٧ عند الكلام على الهزل ، وإنما جمع بين الرضا والاختيار لأن الاختيار قد ينفك عن الرضا . كما فى مسائل الاكراه .

وفى فصل الاكراه يقول فخر الإسلام فى جـ٤صـ ١٥٠٢ والاكراه أنواع ثلاثة .

نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجىء ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجىء ، ونوع آخر لايعدم الرضا .

ومثل ذلك أيضاً فى كشف الأسرار الصغير شرح المنار جـ ٢ صـ ٣٠٧ ومابعدها

(١) جـ ٤ صـ ١٥٠٢ ، ويقول النسفى فى شرح المنار جـ ٢ صـ ٣٠٦ : (والرضا عبارة من امتلاء الاختيار حتى يفضى إلى الظاهر ويرى أثر السرور فى وجهه) اهـ .

لقصدهما العبارة والتلفظ بها ، أما اختيار الهازل فظاهر ، وأما المكره فلأنه عرف الشرين ، واختيار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار .

ويكون النائم والمجنون ، والصبي غير المميز والملقن للعبارة من غير فهم لمعناها لا اختيار لهم ولا رضا ، حيث لم يوجد منهم قصد ، لا إلى العبارة ولا إلى آثارها .

من أجل ذلك قالوا : إنه يوجد انعقاد وارتباط بين الايجاب والقبول وإن لم يكن العقد سليما من العيوب ، فالمنعقد السليم من العيوب صحيح ، والمنعقد غير السليم فاسد ، وغير المنعقد باطل .

وغير الحنفية يقولون : إن الرضا والاختيار متلازمان لا يوجد أحدهما بدون الآخر ، فالقصد إلى العبارة وحدها لا يسمى عندهم اختياراً ، بل الاختيار هو القصد إلى العبارة المنشئة للعقد بحث تكون العبارة دالة على ما في النفس من رغبتها في آثار العقد ، وهو عين الرضا .

وبناء على ذلك لا يكون للهازل والمكره رضا ولا اختيار ، كالصبي والمجنون وأشباههما ، وإن كان الشافعية في أحد القولين عندهم يذهبون إلى أن الهازل مختار في التلفظ بالعبارة قاصداً إلى إنشاء العقد بها ، وهذا دليل رضاه وقصده الباطن فيعامل بذلك ، ولا يلتفت إلى دعواه الهزل لأن فتح هذ الباب يجعل المعاملات غير مستقرة بين الناس .

من أجل ذلك قسموا العقود إلى قسمين صحيح وغير صحيح، ولا ثالث لهما ، فالارتباط بين الايجاب والقبول لا يوجد إلا إذا كان العقد سليما من العيوب ، فالمنعقد هو السليم من العيوب وهو الصحيح ، وغير السليم ليس منعقداً ولا صحيحاً ، بل هو باطل أو فاسد على حد سواء .

ولنعد إلى أصل الموضوع فنقول .

إذا لم يصدر من الشخص عبارة ، أو مايقوم مقامها من إشارة أو كتابة لايوجد عقد ، لأن الحكم بوجوده تابع لوجود صورته فى الخارج ولم توجد.

وإذا صدرت منه العبارة فلا يخلو . إما أن يكون مع قصد النطق بها ، أو صدرت بدون قصد ، وفى حالة القصد. إما أن يكون فاهما لمعناها، وما تدل عليه، أو لايكون ، فإن كان يفهم معناها ، فإما أن يقصد بها غرضاً آخر غير إنشاء العقد، أو يقصد بها إنشاء العقد .

وفى الحالة الأولى . اما أن يكون ذلك الغرض متحققاً بدون التظاهر بإنشاء العقد ، أو لا يمكن تحققه إلا مع التظاهر بإنشائه، وفى الحالة الثانية اما أن يقصد ترتب أثر العقد الشرعى عليه ، أو يقصد أثراً آخر .

فيتلخص من ذلك الصور الآتية .

١ - صدرت العبارة من غير قصد النطق بها كعبارة النائم والمجنون والصبى الذى لايميز والسكران ، والمغمى عليه .

٢ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها لكن من غير فهم لماتدل عليه ، كما إذا لقن شخص عبارة بلغة أخرى غير لغته لايفهم لها معنى .

٣ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ، ولكنه أراد بها غرضاً آخر لايحتاج هذا الغرض فى تحققه إلى التظاهر بإنشاء العقد ، كما إذا ردد شخص عبارة تدل على إنشاء عقد من العقود بقصد حفظها، أو الإخبار بها عما حصل فى الزمن الماضى أو التعليم ، أو التمثيل ، أو غير ذلك من الأغراض .

٤ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها والفهم لمعناها لكنه قصد بها تحقيق غرض آخر غير إنشاء العقد ، وهذا الغرض لايتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ، كعبارة الهازل ، والمكره ، فإن الهازل صدرت منه العبارة باختياره لغرض الهزل وهذا الغرض لايتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ،

وكذلك الاستهزاء والمكره صدرت منه العبارة لغرض دفع الأذى عن نفسه، وهذا الغرض لا يكون إلا مع التظاهر بإنشاء العقد .

٥ — صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمعناها وقصد بها انشاء العقد ، ومارتبه الشارع عليه من الآثار .

٦ — صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمعناها ، وقصد بها انشاء العقد ، لكن لتحقيق غرض لم يكن مقصوداً من شرع العقد .

أحكام هذه الصور : أما الصورة الأولى : فالعبارة لاغية لا يترتب عليها شيء باتفاق الفقهاء ، ولم يختلفوا إلا فى عبارة السكران ، فمن الفقهاء من يرى أنها لاغية لافرق بينها وبين عبارة المجنون والنائم سواء كان السكر بمحرم ، أو بسبب مباح .

وممن ذهب إلى هذا الرأى . الإمام أحمد ، وبعض فقهاء المالكية، وبعض الحنفية كالكرخى ومحمد بن مسلمة .

وعلى هذا الرأى تسير المحاكم فى طلاق السكران كما ورد فى المرسوم (١) بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

ووجه هذا الرأى . أن صحة التصرف تناط بالقصد الصحيح ، والسكران ليس عنده ذلك ، بل هو أسوأ حالا من النائم ، لأنه إذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بمحرم ، والسكر بمباح ، فقالوا : إذا كان السكر بمباح لاتعتبر عبارته ، لعدم تحقق القصد منه ، والعقود لاتنشأ وتترتب عليها آثارها بدون القصد إليها، وأما إذا كان السكر بمحرم فتعتبر عبارته فى جميع العقود ، وتترتب عليها آثارها ، فيصح نكاحه ويقع طلاقه .

(١) فمادته الأولى تقول : « لايقع طلاق السكران والمكره » .

وذلك لأنه مخاطب حال سكره فى قوله تعالى ، « لاتقربو الصلاة وأنتم سكارى »، ولأنه تسبب فى زوال عقله بسبب محظور ، وهو مختار فيه فاعتبر عقله باقياً حكما زجراً له، ولهذا قالوا : إنه لو أكره على الشرب ، أو كان مضطراً إليه لإساغة اللقمة لايقع طلاقه (١) .

ولكنا نقول : إن إلزامه بما تدل عليه عبارته على سبيل العقوبة غير مستقيم لأمرين أولها : إنه وضع عقوبة لم يجعلها الشارع ، لأنه حدد له جزاء خاصاً ، وهو الجلد . وثانيهما : إنه لا يكون عقوبة وزجراً إلا إذا كان أثر العقد ضاراً له كالطلاق مثلا ، أو البيع بالغبن، وأما إذا كان نافعاً له أو ليس فيه ضرر فلا زجر فيه ، فالأولى أن نلغى عبارته ولا نرتب عليها أى أثر .

وهناك حالة تشبه هذه الحالة ، وهى ما إذا نطق الشخص بالعبارة خطأ أو نسياناً ، ولذلك ألحقها الشافعية بهاتى حكمها ، وقالوا : إن عبارته لايترتب عليها أى أثر لانعدام القصد ، فالشخص الذى قصد إلى النطق بعبارة « بعت كذا » فسبق لسانه من غير قصد إلى لفظ « أنت طالق » لم يقصد طلاقا ، وإنما قصد البيع ، فيجب ألا يؤاخذ بما لم يقصده (٢) ، ويوافق الشافعية فى هذا المالكية والحنابلة ، مستدلين بحديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

وخالفهم الحنفية (٣) فى هذا وقالوا : إن عبارة المخطىء والناسىء يترتب عليها

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ وما بعدها .

(٢) وكذلك الشخص الذى يتكلم بعبارة تدل على إنشاء التزام غافلا عن معناها ظانا أنها تدل على معنى آخر يريده عند التكلم، فالفرق بينه وبين المخطىء أن المخطىء أخطأ فى النطق فتلفظ بلفظ بينما قصد النطق بغيره ، والغافل أو الناسى ، لم يخطىء فى التلفظ ، وإنما أخطأ فى معنى اللفظ ، فهو يظن أنه يدل على معنى ونطق به قاصداً هذا المعنى ، ولكن تبين أنه غافل عن معناه لأنه يدل على معنى آخر .

(٣) راجع البحر الرائق ص ٢٦٣ ح ٣ فى باب الطلاق .

آثارها ، لأن العبرة فى وجود العقد بمظهره الخارجى ، وقد تحقق من شخص عنده أهلية لإنشائه والإرادة أمر خفى لا اطلاع لنا عليه ، فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان فى هذه التصرفات لتزلزلت المعاملات ، ولما استقرت ، حيث يسهل على كل من يريد نقضها أن يدعى أنه أخطأ ، أو كان غافلا عن معناها .

ونستطيع أن نأخذ رأياً وسطاً بين الرأيين يوافق الحديث السابق ، ويحفظ على المعاملات استقرارها . وهو أن نلغى عبارته فى حالة ما إذا كان المقام يؤيد الخطأ أو الغفلة ، كما إذا كان الرجل يساوم زوجته على بيع شىء من ماله لها ، فقال لها : أنت طالق بدلا من أن يقول بعت .

أو كان الشخص مبتدئاً فى تعلم اللغة فنطق بلفظ يظن أنه دال على إنشاء التزام وهو يدل على غيره ، فإذا قال الأول أخطأت ، وقال الثانى غفلت عن معناه الحقيقى ولم أقصده صدق فى ذلك ، وأما إذا كانت القرائن دالة على قصد العقد ، أو لم يوجد دليل على دعوى الخطأ فإن عبارته تعتبر ويترتب عليها آثارها ، لأن تصديقه فى هذه الحالة يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات .

وأما الصورة الثانية : فلا يترتب على عبارته شىء فى كل العقود ، لأن عدم الفهم ينفى القصد وهو أساس الرضا .

وخالف بعض فقهاء الحنفية (١) فقالوا : إنه ملزم بأثر عبارته فى التصرفات التى يتساوى فيها الهزل والجد ، وهى النكاح والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين . معللين ذلك : بأن الفهم لمضمون اللفظ شرط لأجل القصد ، وهذه التصرفات لا يشترط فيها القصد ، فلا يشترط فيمن نطق بما يدل عليها أن يكون فاهما لمعناها .

(١) راجع فتح القدير ج ٢ باب النكاح ، ورد المحتار فى باب النكاح أيضاً ص ٥٨٤ ج ٢

ولا يخفى أن هذا القول فيه مغالاة ، لأن عدم اشتراط القصد فى هذه التصرفات إنما يأتى بعد فهم المعنى ، ولا يعقل أن يرتب الشارع أحكاماً على عبارات مهملة غير مفهومة المعنى .

وأما الصورة الثالثة : فهذه لا يترتب على العبارة أى أثر من آثار العقد باتفاق الفقهاء لا فرق بين عقد وعقد ، فمن يقرأ فى كتاب فيه عبارات تدل على إنشاء العقود ، فأخذ يردد هذه العبارات بقصد حفظها فإنه لا يكون ملزماً بها حتى ولو كان معه شخص آخر وأجابه عند سماع كلامه بما يفيد القبول ، وكذلك من ينطق بهذه العبارات بقصد تعليمها لغيره .

ومن هذا النوع عبارات الممثلين ، فإذا قال الرجل فى هذه الحالة لامرأة : زوجينى نفسك فقالت زوجتك نفسى ، فهما يقصدان التلفظ بالعبارة مع فهم معناها ، ولكنهما لم يقصدا إنشاء العقد ، بل قصدا غرضاً آخر وهو التمثيل وحكاية أقوال أشخاص القصة التى يحاكونها (١) .

أما الصورة الرابعة وهى التى قصد فيها المتكلم إلى غرض آخر ، وهذا الغرض لا يتحقق إلا إذا تظاهر بإنشاء العقد ، كأن يقصد بالعبارة الهزل أو الاستهزاء أو يقصد دفع الأذى عن نفسه كما فى حالة الإكراه .

ففى حالة الهزل والاستهزاء تجد الشخص نطق بالعبارة الموضوعة لإنشاء العقد مع فهمه لمعناها ، ولكنه لم يرض بترتب آثارها عليها ، بل تظاهر بإنشاء العقد ليحقق غرضه الذى قصده من الهزل والاستهزاء .

---

(١) روى أن امرأة قالت لزوجها سمنى وناد نى بما تسمى ، فسماها ظبية وناداها بذلك ، فقالت له ما قلت شيئاً ، فقال لها هات ما أسميك به ، فقالت سمنى خلية طالق ، فقال لها وأنت خلية طالق ، فأتت عمر بن الخطاب فقالت : إن زوجى قد طلقنى ، فأرسل إليه فجاء فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها خذها بيدها وأوجع رأسها .

لذلك ذهب بعض المالكية إلى أنها لايترتب عليها أى أثر فى كل العقود لافرق بين عقد وعقد ، لأن القرائن دالة على عدم إرادة إنشاء العقد، والإرادة أساس العقود فإذا انتفت انتفى العقد .

وعلى عكس هذا القول نجد الشافعية يذهبون إلى عكسه فى القول الراجح (١) عندهم ، فيقررون أن عبارات الهازل وأمثاله صالحة لإنشاء العقود ، وترتب الآثار عليها ، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل وغيره ، ولأن سبب الهزل إن كان سابقاً على العقد بأن اتفق العاقدان على ذلك يكون بمنزلة الشرط السابق على العقد . وهذا الشرط لا يؤثر فى العقد عندهم .

والجمهور من الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية يذهبون إلى التفصيل بين التصرفات الخمسة التى سوى الشارع فيها بين الجد والهزل ، وهى النكاح والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين ، وبين غيرها من العقود والتصرفات ، فصححوا عبارة الهازل فى النوع الأول ورتبوا عليها الآثار استناداً إلى حديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق » ، وفى بعض الروايات الرجعة ، وفى بعضها اليمين ، ولأن هذه التصرفات حق الله وهو ليس موضعاً للهزل والاستهزاء .

وأما النوع الثانى وهو عقود المبادلات المالية ، والعقود التى موضوعها المال كالهبة والعارية ، والوديعة ، فإنهم لم يرتبوا الآثار لعدم تحقق الرضا الذى تقوم عليه الإرادة .

ومع هذا الاتفاق على أن العبارة غير صالحة لترتب الآثار عليها نجدهم مختلفين فيها من ناحية أخرى ، فغير الحنفية يعتبرونها عبارة فاسدة غير صالحة لإنشاء العقود، والعقد لم ينعقد بها ، وعلى هذا لو رضى بالعقد وآثاره بعد ذلك لاينعقد العقد صحيحاً لأن الباطل لا يلحقه تصحيح .

---

(١) راجع المجموع شرح المهذب باب البيع .

والحنفية يقولون : إن العبارة فى حد ذاتها صحيحة صالحة لإنشاء العقد ، ولولا فوات الرضا لترتبت الآثار عليها ، فالعقد انعقد بها ، ولكنه فسد لفوات الرضا الذى هو عماد صحة العقود ، وعلى هذا لو رضى بعد ذلك بهذا العقد فى المدة المقررة ، وهى ثلاثة أيام كما يقول أبو حنيفة صح العقد ، لأن فساده كان من جهة الخلل فى الرضا ، فيرتفع هذا الفساد بوجود الرضا .

ومن صور الهزل أن يتفق شخصان على أن يتظاهر أحدهما ببيع ماله للآخر دفعاً لأذى ظالم هدده فى ماله ، ثم يعقد بناء على الاتفاق ، وهو المسمى فى عرف الفقهاء ببيع التلجئة ، فعند الشافعى هذا صحيح تترتب عليه آثاره ، ولا عبرة بالاتفاق السابق .

والجمهور(١) يذهبون إلى عدم صحته ، لأنه ليس بيعاً حقيقة ، وإنما هو بيع صورى حيث جاء مجرداً عن الإرادة التى هى أساس العقود .

ومنها المواضعة على الزيادة فى الثمن عند العقد مع الاتفاق على ثمن أقل منه لأجل منع الشفيع من أن يأخذ بالشفعة ، فالشافعى يعتبر الثمن الذى ذكر فى العقد ، والجمهور يرون أن الثمن المتفق عليه سراً هو المعتبر .

ومنها التظاهر بالزيادة فى المهر بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر ، كما يفعل كثير من الناس طلباً لحسن السمعة بين الناس ، فإن كان المهر المتفق عليه مائة ،

---

(١) يلاحظ أن الحنابلة يحكمون ببطلان هذا البيع وإن لم يصرحا فى التعاقد بأنه تلجئة كما فى كشاف القناع ص ٥ ج ٢ فهم يكتفون بدلالة الحال ، ولكن الحنفية يشترطون تقدم الاتفاق ، فان لم يتقدم الاتفاق على التظاهر كان بيعاً صحيحاً ، ثم إن الإمام وصاحبيه متفقون على عدم صحته فيما إذا تقدم الاتفاق على التظاهر ، واتفق العاقدان على أنهما عقداه بناء على الاتفاق السابق ، كما اتفقوا على أنهما لو أعرضا عن الهزل حين العقد ، صح العقد وإن اختلفا أو لم تحضرهما نية فالإمام يرى صحته . والصاحبان يقولان بعدم صحته ، راجع شروح المنار فى بحث الهزل ج ٢ .

ومهر العلانية مائتين وجب للزوجة المذكور عند العقد وهو المائتان عند الشافعى ، والجمهور(١) يوجبون مهر السر وهو المائة .

وفى حالة الإكراه، فإن الشخص قصد التلفظ بالعبارة مع فهمه لمعناها ولكنه لم يرض بما يترتب عليها من الآثار ، لأن الإكراه سواء كان ملجئاً أو غير ملجئ معدم للرضا والملجئ مفسد للاختيار عند الحنفية ، وغير الملجئ لا يفسد ، لأن المكره يستطيع أن يتحمل الأذى المهدد به بخلاف الملجئ فإنه لا يستطيع تحمل ما هدد به(٢) .

إذا كان الإكراه معدما للرضا فتكون عبارة المكره غير صحيحة ، فلا يترتب عليها أى أثر فى جميع العقود التى . سواء منها العقود التى فيها حق الله ، أو غيرها عند جمهور الفقهاء « المالكية والشافعية(٣) والحنابلة » ودليلهم على ذلك الحديث السابق : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولأن المكره غير مختار فى النطق بالعبارة ، بل هو مضطر إلى ذلك تحت سلطان التهديد ، فتكون لغواً ، وبهذا الرأى أخذ قانون الأحوال الشخصية فى طلاق المكره.

---

(١) فى أعلام الموقعين جـ ٢ ص ٨٧ وما بعدها . أن فى مذهب الحنابلة اختلافا فى الروايات ، هل يؤخذ بمهر العلانية أو يؤخذ بمهر السر . فليراجع .

(٢) الاكراه الملجئ هو التهديد بقتل النفس أو باتلاف عضو ، أو باتلاف جميع المال أو بالضرب المبرح الذى لا يتحمله المكره ويخشى منه التلف أو بالحبس الدائم أو بعمل مهين لشخص له جاه ومنزلة ، وغير الملجئ هو التهديد بما يوجب هما وغما بغير ما سبق ، وللفقهاء كلام كثير ، وتفصيلات فى حد الاكراه . وممن يتحقق وشروطه ، وأنواعه ، والمؤثر منها وغير المؤثر يرجع إليه فى كتب الأصول فى بحث الاكراه فى عوارض الأهلية وكتب الفقه فى مواضع متفرقة

(٣) راجع مواهب الجليل على شرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٤٤ وما بعدها ، وكشاف القناع للحنابلة ص ١٤١ جـ ٣) ونهاية المحتاج للشافعية .

ولكن الحنفية يذهبون فى الإكراه مذهبهم فى الهزل ، فقالوا : إنه مختار فى التلفظ لأنه اختار أهون الشرين ، فيكون العقد منعقداً بهذه العبارة إلا أنه غير صحيح لعدم الرضا ، فيكون فاسداً[1] ، ويترتب على ذلك أنه إذا أجازه ورضى به فى المدة المقررة ، وهى ثلاثة أيام صح العقد وترتب عليه الأثر ، هذا فى العقود المالية ، وما ألحق بها من العقود التى موضوعها المال .

وأما العقود الخمسة التى فيها حق لله فهى صحيحة من أول الأمر ، لأن الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة بدليل أن الشارع اعتبرها صحيحة من الهازل مع أنه قصد العبارة فقط ، ولم يقصد ترتب الأثر[2] .

وأما الصورة الخامسة : وهى ما إذا قصد التلفظ بها مع فهم معناها وجعلها سبباً شرعياً لترتب الآثار التى رتبها الشارع فهى صحيحة بالاتفاق ، ويترتب عليها الأثر متى كانت مستوفية لشروطها . سواء كانت العبارة موضوعة للدلالة

---

(١) يرى زفر من الحنفية أن العقد مع الإكراه غير فاسد ولكنه صحيح موقوف على إجازته بعد زوال الإكراه فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، يراجع البدائع ص ١٧٧ جـ ٠٧ .

(٢) ويلاحظ أن مذهب الحنفية وإن استقام فى غير العقود الخمسة بإثباته الخيار له بعد زوال الإكراه ، وهو كاف فى رفع الضرر عنه الذى يلحقه من الإكراه لكنه لا يستقيم فيها إذ كيف يقع طلاق المرأة تحت التهديد بالقتل ، أو تصبح زوجه بعبارة صدرت كذلك ؟ !

وقولهم : إنه مختار لا يفيدهم لأن اختياره فى الإكراه غير الملجىء وإن كان سليما إلا أنه فى الملجىء غير سليم كما قرروه .

وقياسهم المكره على الهازل فى إلزامه بهذه العقود الخمسة غير صحيح لوجود الفارق فالهازل أتى بما يستحق عليه العقوبة ، والمكره لم يأت بشيء من ذلك .

على إنشاء هذا العقد ، أو الالتزام ، أو لم تكن موضوعة لذلك إذا وجدت لذلك إذا وجدت معها قرينة على أنه أراد بها إنشاء هذا العقد ، كمن يستعمل لفظ الهبة بالثمن فى إنشاء عقد البيع ، أو لفظ البيع مجاناً فى إنشاء الهبة ، أو لفظ البيع للمنفعة فى الإجارة ، أو لفظ الوصية فى الوكالة مثلا .

هذا باتفاق الفقهاء ولم يختلفوا إلا فى عقد الزواج ، فإن الحنفية جعلوه كبقية العقود الأخرى ينعقد بكل لفظ دل على تمليك العين فى الحال متى وجدت قرينة تدل على أنه أراد به الزواج ، وخالفهم غيرهم فلم يصححوه إلا بألفاظ خاصة ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام على صيغة العقد .

وأما الصورة السادسة وهى ما إذا اتجهت إرادة العاقد إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض آخر لم يقصده الشارع من تشريعه فإن كان ذلك الغرض مباحاً صح العقد بالاتفاق ، كمن يتزوج امرأة لتخدمه وهو مريض ، ولا شىء غير الخدمة فإن الخدمة فقط لم يشرع لها الزواج ، وإنما شرع لمقاصد أخرى .

وكمن يتزوج المرأة ليستعين بما لها أو بجاهها فى غير محرم ، فإن هذا المقصود مباح ، ولكن الزواج لم يوضع له شرعا ، وإنما صح العقد فى ذلك لأنه لا يتنافى مع مقاصد الزواج .

وأما إذا كان الغرض محظوراً كبيع السلاح لأهل الفتنة ، لمن يقتل به ، أو لمن يبيعه للأعداء ، ومثل بيع العصير ممن يتخذه خمراً ، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ، وإجارة الدار لمن يتخذها نادياً للقمار ، وبيع الخشب لمن يتخذ منه آلات الملاهى وما شاكل ذلك .

فأبو حنيفة والشافعى يريان صحة هذا العقد ، لأن العبارة سليمة ، ولا عبرة لما خفى من النية غير الطيبة ، بل أمرها متروك إلى الله يحاسب صاحبها عليها ويوفيه جزاءه فى الآخرة .

ولعل المشترى لا يستعمل ذلك الشيء فى المحرم ، فمن اشترى السلاح ربما لا يقتل به ، ومن اشترى العصير أو العنب ربما لا يتخذه خمراً ، ومن استأجر الدار ربما لا يتخذها للقمار الخ .

والمالكية يميلون إلى عدم الصحة مطلقاً بناء على مبدأ سد الذرائع المقرر عندهم . فالشاطبي فى موافقاته (١) بعد أن بين أن هذا النوع موضع خلاف فى هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أو لا اختار المنع ، لأنه من باب سد الذرائع ، ثم قال : وبه أخذ مالك رضى الله عنه.

ويقول الحطاب(٢) : « بيع العنب لمن يعصره خمراً وبيع ثياب الحرير لمن يلبسها غير جائز » .

وذهب أبو يوسف من الحنفية ، والإمام أحمد إلى أن هذا العقد وإذا ظهر معه هذا القصد السيء بقرينة من القرائن كان غير صحيح ، لأن العقد فى هذه الحالة إعانة على معصية الله ، والعقود لم تشرع لذلك وإنما جعلت وسيلة إلى قضاء الحاجات المشروعة .

وأما إذا لم يتبين بالدليل هذا الغرض كما إذا كان المشترى مستور الحال،أو كان هذا الغرض مشكوكا فيه ، مثل ما إذا كان المشترى للعنب أو للعصير يصنع الخمر والخل، والمشترى للخشب يصنع أدوات الملاهي وغيرها مما يباح الانتفاع به شرعا ، ففى هذه الحالة لا يبطل العقد ويترتب عليه أثره .

وهذا تفصيل حسن يتفق مع حديث « إنما الأعمال بالنيات » ، والقاعدة الشرعية المصرحة بأن « الأمور بمقاصدها » .

يقول الإمام الشاطبي فى موافقاته(٣) : كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة

---

(١) ج ٢ ص ٣٥٩ . (٢) ج ٤ ص ٢٦٧

(٣) ج ٢ ص ٢٣٣

غير ماشرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل ، فمن ابتغى فى التكاليف مالم يشرع له فعمله باطل » ثم دلل على ذلك بما لايدع مجالا للشك » .

ومما يدخل فى هذا النوع بيع العينة ، وهو بيع يقصد منه التعامل بالربا ، وله صور اختلف العلماء فى حكمها .

منها أن يرغب شخص فى الاقتراض من آخر وهو لايقبل أن يقرضه بدون فائدة ، فيوسطا فى ذلك بيعاً ، بأن يبيعه المقرض عيناً تساوى مائة مثلا بمائة وعشرة مؤجلة إلى أجل معين ، فيبيعها المشترى إليه مرة أخرى بمائة حالة ويأخذها ، وقد يوسط شخصاً ثالثاً ، فيبيعها له بمائة حالة ويقبضها ، ثم يبيعها ذلك المشترى لبائعها الأول بمائة ، وبذلك تتم الحيلة ، وتنتهى إلى أن المقترض أخذ مائة حالة بمائة وعشرة مؤجلة وهو عين الربا ، وقيل فى تصويرها غير ذلك (١) .

فهذا البيع قصد به تحقيق غرض آخر غير ماشرع له البيع ، وهذا الغرض محرم وهو التعامل بالربا ، وهو موضع خلاف بين الفقهاء .

فالإمام الشافعى(٢) يرى أنه بيع صحيح ، لأن العبارة سليمة فى حد ذاتها ، والنية أمر خفى لااطلاع لنا عليها ، ولا فرق عند الشافعى بين ما إذا وسطا وثالثاً بينهما أو لم يوسطا أحداً .

والأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك(٣) وابن حنبل يذهبون إلى أنه إذا لم يتوسط

---

(١) راجع رد المحتار ج٤ ص ٤٣٢ وما بعدها .

(٢) ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا لم يظهر منهما قصد التعامل بالربا كما نبه على ذلك ابن القيم فى بحث الحيل السابق فى هذا الكتاب .

(٣) يشترط المالكية لمنع هذا البيع أن يكثر قصده للمتعاقدين حتى ولو لم يقصد العاقد بالفعل راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ بهامشها .

بينهما ثالث يكون البيع غير صحيح ، لوضوح الغرض منه حينئذ وهو التعامل بالربا ، والحديث ورد فى هذا.

وأبو يوسف من الحنفية يرى أنه بيع صحيح ، ولكن قيل : إن الذى جوزه أبو يوسف هو الذى لاترجع فيه العين إلى صاحبها ، كما إذا اقترض شخص من آخر خمسة عشر ، ثم اشترى بها عيناً من المقرض تساوى عشرة ، وبعد ذلك باعها فى السوق لغيره ، ولم ترجع إلى الأول (١) .

وأما محمد بن الحسن فمذهبه أن هذا البيع مكروه كراهة تحريم ، ولذلك أثر عنه أنه كان يقول : هذا البيع على قلبي مثل الجبال اخترعه أكلة الربا .

ومن هذا النوع أيضاً زواج المحلل وهو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثا لاليعيش معها ويكونا أسرة كما هو الشأن فى الزواج ، بل ليحلها لزوجها الأول ؛ فهذا العقد لم يقصد به ماشرع لأجله ، بل قصد به غرض آخر غير مشروع ، وهذا أيضاً موضع خلاف بين الفقهاء ، فذهب فريق إلى صحته صارفا النظر عن هذه النية ما دام لم يشترط التحليل فى العقد ، فإذا طلقها بعد ذلك وانقضت عدتها من هذا الطلاق حلت للأول .

أما إذا شرط التحليل فى العقد كان فاسداً على رأى ؛ ومكروها على رأى آخر ، وذهب آخرون إلى أنه عقد فاسد لايبيح لمن فعله العشرة مع هذه الزوجة ولايحلها للزوج الأول إذا طلقها سواء شرط التحليل فى العقد أولا ، ولكل وجهة فليرجع إلى ذلك فى موضعه من كتب الفقه .

هذا عرض سريع لآراء الفقهاء فى صور اختلاف عبارة العاقد ونيته ، أو اختلاف الإرادتين الظاهرة والباطنة ، والكلام فيها — كما ترى — يدور

---

(١) راجع فتح القدير . والبحر الرائق . ورد المحتار .

حول الجزئيات وإن كانت توجيهاتهم لأحكام تلك الجزئيات تصلح لأن تكون قاعدة عامة قابلة للتطبيق على ما ينطوى تحتها من جزئيات .

كقول بعضهم : إن العبارة صدرت من غير قصد فلا تعتبر ، لأن القصد أساس الإرادة .

وقول الآخرين : إن العبارة صدرت سليمة من كل عيب وهى المظهر الخارجى للعقد ، فيوجد العقد بوجودها ، ولا عبرة بما وراءها .

فالعبارة الأولى تدل على اعتبار الإرادة الباطنة ، والثانية تدل على اعتبار الإرادة الظاهرة .

وقد كان من السهل أن نأخذ قاعدة كل مذهب من أحكام جزئياته بعد تتبعها فى مواضعها لولا ما وجدناه من اختلاف الأحكام والتعليلات ، فبينما نجده فى بعض المواضع مع العبارة إذ تراه فى أخرى مع النية والقصد .

فما سر هذا الاختلاف إذاً ، وما هو موقف تلك المذاهب من هذه المسألة ؟ .

وللجواب عن هذا التساؤل – ولكى يكون جوابنا أقرب إلى الصواب – يجب أن نضع أمام أعيننا الحقائق الآتية .

أولا : أن الشارع جعل أساس العقود المالية التراضى ، ففى القرآن «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وفى الحديث « لا يحل مال امرىء إلا بطيب من نفسه » .

ثانيا : أن الشارع وضع أمارات تدل على ذلك التراضى ، وهى صيغ العقود من الألفاظ وغيرها واعتبرها مظهرة ودالة على ما فى النفس .

ثالثا : أنه جعل لبعض التصرفات وضعاً خاصاً فاعتبر صورتها الخارجية حتى ولو تبين أن الباطن يخالفها،هذه التصرفات هى الزواج ،والطلاق ،والرجعة والإعتاق ، واليمين يدل لذلك حديث« ثلاث جدهن جدوهزلهن جد »الحديث ، وبهذا يكون قد نحابها منحى الإرادة الظاهرة ، من أجل ذلك اتفق الفقهاء ـ إلا من شذ ـ على أن العبرة فيها بما يصدر من الشخص متى كان أهلا للعبارة السليمة

رابعا : إن حديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » قد جعل لعقود المخطىء والناسى والمكره وضعاً يخالف غيرها من العقود ، أو على الأقل جعلها موضع اجتهاد ، واختلاف نظر ،فالحديث يخبر عن رفع أحكام الخطأ الخ ، لأن ذواتها لاترفع بعد وقوعها .

وهذا يفيد أنه لايترتب على عبارات هؤلاء حكم من الأحكام ، سواء كانت دنيوية ، أوأخروية ، كما فهمه جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية والحنابلة وخالف الحنفية فقالوا : إن المراد رفع الأحكام الأخروية ، وهى المؤاخذة والعقاب ، وأما الأحكام الدنيوية فلم يعرض لها الحديث ، فبقيت مترتبة على عبارات هؤلاء .

خامسا : إن الاستثناء من القواعد العامة أمر مقرر ومشروع فإذا كان حكم بعض الجزئيات المندرجة تحت القاعدة الكلية يخالف حكمها الكلى لدليل دل على ذلك لايكون هذا مطعناً فى نفس القاعدة .

وبناء على هذه الأسس نستطيع أن نقول : إن الشافعية يسيرون مع الإرادة الظاهرة ، ولايلتفتون إلى ماوراءها ،ولاينقض قاعدتهم هذه ماقرروه فى المخطىء والناسى والمكره من عدم اعتبارهم لعبارتهم، لأن الحديث لم يلزم واحداً منهم بآثار ما صدر منه ، بل رفعها عنهم ، لذلك كان قرارهم عاما بالنسبة لجميع العقود حتى الأمور الخمسة التى يستوى فيها الجد والهزل ، فيكون الاستثناء الوارد

على القاعدة بالحديث ، ولولاه لكان الحكم عاما شاملا ، ويمكن أن نوجه استثناءهم هذا بتوجيه آخر حاصله .

إنه ليس معنى اعتبار الإرادة الظاهرة أن تعتبر حتى ولو صدرت من الشخص من غير قصد ، وإلا لاعتبرنا عبارة النائم والصبي غير المميز ، بل المراد أنها تعتبر إذا كانت صحيحة ، ولا صحة لها بدون قصد التلفظ بها على الأقل ، والمخطىء لم يوجد منه قصد صحيح ، بل لم يوجد منه قصد إلى العبارة أصلا بخلاف الهازل ، فإنه قصد العبارة والنطق بها ، وإن كان أراد بها شيئاً آخر .

وإذا كان كذلك فلا يصح أن يقال : إنهم تناقضوا فى مسلكهم - كما قيل - ثم إن هذا المذهب يظهر واضحاً فى العبارات التى يريد بها أصحابها أغراضاً أخرى، كما سبق تفصيله فى الحالة السادسة .

هذا هو مذهب الشافعية ، ويقابله مذهب الحنابلة ، فإنهم على العكس منه ، يفتشون على النيات ، ويجعلون لها الاعتبار الأول ، أما العبارات وحدها فلا وزن لها عندهم إلا فى الزواج، والاساس عندهم . أنه متى دلت القرينة - لفظية أو حالية - على أن مراد العاقدين غير مادلت عليه الألفاظ اعتبر ذلك ، وأهدرت دلالة الألفاظ .

ووجهتهم فى ذلك:أن الالفاظ ماهى إلا ترجمة لما فى النفس من الأغراض والنيات ولا اعتبار لها إلا من هذه الناحية ، فلا بد إذا من أن تكون موافقة لها ، فإذا ظهرت مخالفتها بقرينة من القرائن لم تكن معبرة عما جعلت دليلا عليه فلا تعتبر .

والفرق بين المذهبين : أن الاول ينظر إلى العبارة السليمة ويعمل بمقتضاها، ولا يلتفت إلى ماوراءها ، مما يحف بها من قرائن تدل على خلاف ما دلت عليه ، وفى هذا يقول الإمام الشافعى فى كتابه الام(١) : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ،

---

(١) ص ٦٥ ج ٣ .

وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهم النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع » إلخ عبارته (١) .

وأما المذهب الثانى « مذهب الحنابلة » فلا ينظر إلى العبارة إلا إذا لم يوجد ما يخالفها ، فإن وجد ما يخالفها سواء كان سابقاً على العقد، أو مقارناً له اعتبر ذلك وألغيت العبارة .

وبين هذين المذهبين مذهب الحنفية والمالكية ، ولكن مذهب المالكية أقرب إلى مذهب الحنابلة فى اعتبار الإرادة الباطنة ، وهذا هو المتفق مع اعتبارهم لسد الذرائع .

وأما مذهب الحنفية فهو أقرب إلى الإرادة الظاهرة منه إلى الباطنة ، ولولا اختلافات بين أئمته فى بعض المسائل الجزئية ، يرى بعضهم فيها أن العبرة بالظاهر والبعض الآخر يرى العكس ، كما سبق فى مسائل الحالة السادسة ، من بيع العصير ممن يتخذه خمراً ، أو السلاح لمن يقتل به ، وأشباههما ، فإن أبا حنيفة يعتبر الظاهر فيها دون النية ، وأبو يوسف يرى عكس ذلك ، ولولا ذلك الاختلاف

---

(١) فهذه العبارة تفيد أنه يعتبر العبارة ويرتب عليها صحة العقود وإن كان يكره النية الخبيثة لكن فى بعض كتب الشافعية المتأخرين ما يفيد أنهم يعتبرون الصيغ فى الغالب ، وقد يعتبرون المعنى دون الصيغة . ففى نهاية المحتاج ج٤ ص٣٨ وما بعدها فى باب الوكالة « الوكالة ولو بجعل بناء على أن العبرة بصيغ العقود هنا جائزة . أى غير لازمة من الجانبين ، وقال الشبراملسى فى حاشيته : معنى ذلك أن الوكالة بأجر إجارة فى المعنى ، والإجارة لازمة من الجانبين ، فلو نظر للمعنى كانت لازمة وإن نظر للفظ ، وهو وكلتك كانت وكالة غير لازمة ، والراجح تغليب اللفظ فهى جائزة ، وقوله هنا إشارة إلى أنهم قد يغلبون المعنى كالهبة بثواب فإنها بيع مع لفظ الهبة نظراً للمعنى اهـ.

لقلنا : إن مذهب الحنفية يسير مع الإرادة الظاهرة ، لأن أكثر تفريعاتهم تسير فى هذا الطريق .

ألا ترى أنهم فى التصرفات الخمسة تمسكوا بالعبارة واعتبروها حتى من المكره مخالفين فى ذلك الأئمة الآخرين ، وفى بيع العينة حكموا بالصحة على تفصيل واختلاف يسير أشرنا إليه فى موضعه ، وفى زواج المحلل كذلك ، وفى المواضعة فى الثمن فى البيع ، والمهر فى النكاح ، وبيع التلجئة ، وفى المخطىء والناسى اعتبروا عبارتهما ورتبوا الآثار عليها عكس ما قاله الشافعى وهو من أصحاب الإرادة الظاهرة .

التشريع الوضعى : هذا هو موقف رجال الفقه الإسلامى من الإرادتين الظاهرة والباطنة ، وأما التشريع الوضعى ففيه مذهبان متقابلان ، كما يقول الأستاذ السنهورى فى وسيطه (١) .

---

(١) ص ٨٣ وما بعدها .

والدكتور عبد الحى حجازى فى كتابه « النظرية العامه الالتزام » ج ٢ ص ٤١ وما بعدها يقول فى بحث الرضا : عند عدم اتفاق التعبير مع الإرادة الباطنة يقوم الخلاف هل يعتبر التعبير أو يعتبر الإرادة الباطنة ، وهنا أربعة مذاهب : (١) مذهب الإرادة . وهو فى الفقه الفرنسى . وخلاصته أن المعتبر هو الإرادة الحقيقية ، والتعبير أو الإرادة الظاهرة لا اعتبار لها إلا إذا كانت متفقة مع الباطنة فإن خالفتها ألغيت ، (٢) مذهب التعبير ، وحاصل هذا أن الرضا يتكون بتقابل التعبيرين ولو كان أحدهما لا يتفق مع الأرادة الحقيقية لصاحب التعبير ولو كان من تلقى التعبير قد فهمه بصورة لا تطابق الإرادة الحقيقية لمن أصدره (٣) مذهب الثقة وخلاصته أنه يعتبر التعبير بشرط أن يعتقد من تلقاه أنه مطابق للإرادة الباطنة . فإن كان يعلم عدم مطابقته كان العقد باطلا لعدم الثقة المتولدة من هذا التعبير (٤) مذهب المسئولية وهو يعتبر الإرادة الحقيقية ، والعقد يعتبر باطلا إذا خالف التعبير الإرادة إلا إذا كانت المخالفة نتيجة =

مذهب الإرادة الباطنة — وهو المذهب اللاتيني — يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس .

ومذهب الإرادة الظاهرة — وهو المذهب الجرمانى — يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعى للإرادة ، والقانون إنما يعنيه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشىء المادى الذى يقف عنده المتعاملون ويطمئنون إليه فى تعاملهم ، على أن التقنينات اللاتينية لم تسلم من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنينات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة .

ثم أبان موقف التقنين المصرى الجديد ، وأنه بقى فى حظيرة التقنينات اللاتينية ، فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل يؤخذ ذلك من المواد ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، وهى فى تكوين العقد ، وكذلك من المادة ١٥٩ وهى فى تكوين العقد ، وكذلك من المادة ١٥٠ وهى فى تفسير العقد .

وبعد أن شرح ذلك شرحا مسيباً قال : والذى يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل فى الإرادة هو الإرادة الباطنة ، ولكن هذه الإرادة فى بعض الأحوال تبعاً لمقتضيات الاستقرار فى التعامل تتجسم فى المظهر الذى اتخذ للتعبير منها فتصبح هى الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التى يولدها هذا المظهر فى نفوس المتعاملين .

= لخطأ صاحب التعبير وكان المتعاقد الآخر يجهل ذلك فإنه يكون معذوراً فى اعتقاده المطابقة وعلى ذلك يعتبر العقد صحيحاً .

وفى موضع آخر (١) ، عند الكلام على التراضى ، يوضح هذا مرة أخرى فيقول عند ما أورد المادة — ٨٩ — ناقداً ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، من أن المشروع آثر مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة فى هذا النص — يقصد نص المادة ٨٩ .

وهذا القول الذى ورد فى المذكرة الإيضاحية يوهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً ، والواقع غير ذلك ، فقد رأينا أن القانون الجديد فى وضعه النهائى قد سلك مسلكا وسطاً بين نظريتى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو جعل الإرادة الباطنة هى الأصل ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا العدول ، اهـ

---

(١) ص ١٧١ وهامشها . ومع هذا فإن الدكتور عبد الحى حجازى فى كتابه السابق ص ٤٤ وما بعدها يأبى إلا أن يخالف الدكتور السنهورى، فيتكلم عن المواد التى تفيد ذلك ويفردها مادة مادة مبيناً رأى السنهورى فيها ، ثم يتعقبه ببيان رأيه المخالف ، وأن المادة لا تفيد ما استنبطه السنهورى منها ، ثم يقول : من هذا نرى أنه ليس فى هذه النصوص ما يدل على أن الشارع قد فضل الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، وكل ما تدل عليه هذه النصوص هى أن الشارع لم يسر وراء منطق سلطان الارادة إلى النهاية ، بل اعتد إلى حد ما بالاستقرار الواجب فى المعاملات وبعد كلام طويل يقول : إذا ثبت ذلك نقول : ان القانون المدنى الجديد لم ينحرف عن الباطنة الى الظاهرة ، بل هو لا يزال يعتد كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه مع ذلك لم يغال غلواً كبيراً اذ هو يعتمد الى جوار ذلك باعتبار اجتماعى هو الاستقرار الواجب للمعاملات ، ولذلك يعتد بالباطنة بالقدر الذى لا يتعارض مع الاستقرار الذى يجب أن يسود المعاملات .

وبهذا يكون قد انتهى إلى ما انتهى اليه الدكتور السنهورى من قبل .

الشروط المقترنة بالصيغة وأثرها فى العقد: كل عقد من العقود له أحكامه ونتائجه المترتبة عليه ؛ ولا نزاع فى أن العقد ينشأ ويوجد بإرادة العاقدين متى صدر عنهما ما يدل على ذلك ، ولكن ترتب النتائج بإيجاب الشارع لا دخل للمتعاقدين فى إنشائها فهو الذى شرع العقود ، ونظم آثارها ورتبها عليها ، حيث جعل كل عقد طريقاً إلى تحقيق أغراض معينة ، وأن كلمات الفقهاء تكاد تتفق على أن العقود أسباب جعلية وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التى أوجبها وجعلها آثاراً لها (١) .

وبناء على ذلك إذا صدرت الصيغة من المتعاقدين مطلقة من القيود سليمة من العيوب ترتب عليها نتائجها التى حددها الشارع ، ولا يستطيع واحد منهما أن يمنع من ترتب تلك النتائج كلها ، أو بعضها ، فإذا قال شخص لآخر : بعت لك دارى بألف جنيه وقال الآخر قبلت ، فى هذه اللحظة تنتقل ملكية الدار للمشترى يتصرف فيها كيف شاء ، ويجب على البائع تسليمها له إذا سلمه الثمن ، وكذلك الحكم بالنسبة إلى الثمن وليس لواحد منهما بعد ذلك أن يزيد فى هذه الآثار أو ينقص منها .

ولكن فى بعض الحالات يجد المتعاقدان أن هذه النتائج فى جملتها غير محققة لأغراضهما فيضطران إلى التغيير فيها إما بالزيادة ، أو بالنقص فى أثناء العقد ، فيزيد أحدهما فى الصيغة قيداً على هيئة شرط يقبله الآخر ، فيحد من أثر الصيغة الأصلية بالنسبة لأحدهما لحساب الآخر .

وهذه الرغبات التى يظهرها المتعاقدان أثناء العقد على هيئة قيود

---

(١) راجع أصول الفقه فى الكلام على العلل الشرعية ومنها العقود . كشف الأسرار ج ٤ وشرح المنار ج٢ ، والمستصفى للغزالى ج ١ ص ٩٣ وما بعدها فى فصل الأسباب الشرعية . والموافقات للشاطبي الجزء الأول المسألة الرابعة من بحث الأسباب ص ١٩٤ ومابعدها .

أو شروط (١) لم يتركها الشارع تسير حسب أهواء المتعاقدين وشهواتهم فيختل بذلك نظام التعامل ويسهل تبديل المشروعات ، بل لاحظها وعنى بها ، فأباح لهم من الشروط أنواعا تحقق رغباتهم، ولا تتنافى مع مقتضيات العقود الأصلية، ومنعهم مما يعود على أصل العقد بالنقض ، أو يتنافى مع قواعد الشريعة وأصولها .

جاء ذلك فى جملة نصوص من كتاب الله وسنة رسوله .

فالقرآن يوجب الوفاء بالعقود بقوله . « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، كما أوجب الوفاء بالعهد: وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » (٢)، والشرط عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر ، والاتفاق عليه والرضا به عقد وارتباط بين الطرفين فيكون مأموراً بالوفاء به

وفى السنة القولية يقول رسول الله صلى عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » وفى حديث آخر يقول : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » .

وفى السنة العملية يروى : « أن رسول الله اشترى فى السفر من جابر بن عبد الله بعيراً وشرط لجابر ظهره إلى المدينة » أى شرط حق ركوبه بعد البيع حتى يصل إلى المدينة .

كما وردت نصوص أخرى فى بعض الشروط الجزئية .

وأخيرا يروى بعض أصحاب السنن : أن رسول الله « نهى عن بيع وشرط » هذه جملة نصوص تفيد فى مجموعها أن الشروط العقدية نوعان. مباح

---

(١) والفقهاء يعرفون هذا الشرط : بأن التزام أمر لم يوجد فى أمر قد وجد غمز عيون البصائر للحموى ج ٢ ص ٢٢٤ .

(٢) الاسراء — ٣٤ .

واجب الوفاء به وآخر غير مباح منهى عنه ، ولكنها لم تبين الحد الفاصل بين النوعين بياناً قاطعاً .

ومن هنا اختلفت الاجتهادات الفقهية فى هذا الأمر .

فمن الفقهاء من تمسك بظاهر بعض النصوص ، ووقف عندها لا يبيح للعاقدين شيئًا من الشروط ، ولا يجعل لهذا الاشتراط حرمة إلا إذا ورد بالشرط دليل خاص ، وهؤلاء هم الظاهرية أتباع داود الظاهرى . تمسكوا بظاهر حديث « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » .

وعلى عكس هذا نجد فريقاً آخر يذهب إلى أن للمتعاقدين الحرية التامة فى الاشتراط حسبما يتفق وأغراضهم ، ولكن بشرط ألا يكون ذلك منهياً عنه بنص خاص ، أو يعود على أصل العقد بالنقض والإلغاء ، وهؤلاء هم الحنابلة استندوا الحديث : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراما أو حرم حلالا » ، فإنه يفيد بظاهره أن الأصل الإباحة كما هى قضية الاستثناء

وبين المذهبين نجد جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يتوسطون فى الأمر ، فلا يشترطون فى الاباحة ورود نص خاص ، كما ذهب الفريق الأول ، ولا يجعلون الأصل فيها الاباحة كما ذهب الفريق الثانى ، بل يميلون إلى أن الأصل فيها هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا فى الاستثناء .

ومع هذا الاختلاف نجد اتفاقاً على أن الشروط المشروعة يجب الوفاء بها ، والشروط غيرالمشروعة لاغية لا يجب الوفاء بها ، ولكن بعضها يقتصر فساده على نفسه ، فيصح العقد معه ويلغى الشرط ، والبعض الآخر يتعدى فساده إلى العقد ، فيفسد هو الآخر .

وهذا إجمال لا يغنى عن التفصيل ، وسنقتصر على تفصيل مذهبى الحنفية والحنابلة .

أما الحنفية فقد قلنا إن الأصل عندهم هو الحظر ، ولكنهم توسعوا فى الاستثناء فاستثنوا أنواعا من الشروط حكموا بصحتها ، وهى أربعة كما فصلوها فى كتبهم (١) :

١ – الشرط الذى يقتضيه العقد ، مثل اشتراط البائع على المشترى تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، واشتراط المشترى رد المبيع إذا وجد به عيباً ، واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، أو اشتراطه عليها أن تسلم نفسها وتدخل فى طاعته إذا قبضت المهر ، أو اشتراطها أن يكون لها مهر مثلها إذا لم يتفقا على تسمية مهر معين ، فإن هذه الشروط لم تثبت شيئاً جديداً غير ما يقتضيه العقد ويوجبه ، لأن مضمونها ثابت واجب الوفاء به حتى ولو لم يشترطه أحد المتعاقدين، ولذلك نرى أن عد هذا النوع من ضمن الشروط ليس كما ينبغى ، فإن كلامنا فى شروط تثبت شيئاً زائداً على ما يوجبه العقد ، أو تنقص منه ، .

٢ – الشرط المؤكد لمقتضى العقد . مثل اشتراط تقديم كفيل ، أو رهن بالثمن عند تأجيله ، واشتراط وصف مرغوب فى المبيع ، كأن تكون الأرض لها شرب أو مصرف ، فإن هذا محقق لرغبة المشترى ورضاه بالعقد ، ومثل اشتراط ولى الزوجة أن يكون والد الزوج كفيلا بالمهر والنفقة .

٣ – الشرط الذى ورد به الشرع فيشمل ما ورد به نص خاص، كاشتراط الخيار لكل من المتبايعين ، واشتراط تأجيل الثمن ، واشتراط خيار الرؤية إذا لم يكن رأى المبيع عند العقد ، واشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق الطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ، وما ألحق به بطريق القياس ، كخيار التعيين ، وخيار النقد ، فإن ما ثبت بالقياس الصحيح يعتبر مما ورد به الشرع .

---

(١) راجع المبسوط ج ١٣ ص ١٤ وما بعدها.

٤ــ الشرط الذى جرى به العرف . مثل اشتراط المشترى على البائع أن يتعهد بإصلاح الشيء المشترى مدة معينة من الزمان ، كالساعة والسيارة ، والمذياع « الراديو » وغيرها إذا جرى العرف بذلك ، ومثله اشتراط حمل البضاعة إلى مكان المشترى .

وإذا لاحظنا أن العرف معتبر إذا لم يصادم نصاً ، أو ينقض قاعدة شرعية أمكننا أن تقول : أن اعتبار الحنفية للشرط العرفى يجعله قريباً من مذهب الحنابلة فى التوسع فى الشروط.

هذه هى الاستثناءات فى المذهب الحنفى ، فإذا وجد شرط منها كان صحيحاً واجب الوفاء به ، وما عداها فهو شرط غير صحيح ، وهو إما فاسد أو باطل .

فالفاسد : هو ما لم يكن واحداً من الأنواع السابقة ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو لغيرهما ، مثل أن يشترط بائع الدار على مشتريها أن يتركها معه ليسكنها مدة معينة ، أو لا يخرج سكانها منها . أو يشترط عليه أن يؤجرها لفلان « شخص معين » ، واشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التى تزوجت فيه ، أو ألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق امرأته الأولى ، أو ألا يطلقها أبداً ، أو أن يتوارثا وهما مختلفان دينا ، وما شابه ذلك من شروط .

والشرط الفاسد ملغى فى جميع العقود لا يجب الوفاء به ، ولكن فساده يتعدى إلى بعض العقود فيفسدها ، وهى عقود المعاوضات المالية ، كالبيع ، والإجارة ، والقسمة والمزارعة ، والمساقاه ، والصلح عن المال (١) .

وفى غيرها من العقود يبقى العقد صحيحاً ، ويلغو الشرط وحده سواء كان العقد من عقود التبرعات ، كالصدقة والهبة والإعارة ، أو من عقود التوثيقات

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٣١ باب المتفرقات ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢ وما بعدها ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ وما بعدها فى باب المتفرقات .

كالكفالة والحوالة والرهن ، أو الإسقاطات ، كالطلاق ، أو الإطلاقات ، كالوكالة، أو عقود المعاوضات غير المالية. كالزواج والخلع والطلاق على مال .

وإنما وجب إلغاء هذا الشرط ، لأن التزامه غير مشروع حيث لم يرد به نص ولا جرى به عرف ، وهو فى نفس الوقت مخالف لمقتضى العقد ، وإذا كان كذلك لم تكن له حماية شرعية فيلغو ، وإنما فسدت المعاوضات المالية التى اقترن بها ، لأن صحة العقود أساسها الرضا ، فإذا فات الرضا لم يكن العقد صحيحاً ، وهنا لما بطل الشرط فات معه رضا من اشترطه ، لأنه مارضى بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط ، بخلاف العقود الأخرى ، فإنه لا موازنة فيها بين عوضين حتى يكون الشرط مقابلا بجزء من العوض ، ففوات الشرط لا يفوت الرضا .

والشرط الباطل : هو ما خلا من الأوصاف الصحيحة ، ولم يكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما مثل ما إذا اشترط بائع الدار على المشترى أن يتركها من غير سكن مدة فى كل سنة مثلا ، أو اشتراط البائع على المشترى ألا يزرع الأرض مدة سنة ، أو يزرعها زرعا معيناً أو يبيع له سيارته ويشترط عليه ألا يركب فلانا فيها ، أو يضعها فى مكان خاص .

ومثل هذا الشرط لغو لافائدة فيه فيلغو وحدة ، ولا يؤثر فى العقد بشىء بل يبقى العقد صحيحاً .

وأما الحنابلة فقد جعلوا الأصل فى الشروط الإباحة ، فصححوا كل شرط(١)

---

(١) راجع كشاف القناع جـ ٣ صـ ٥٣ وفتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها ، وإعلام الموقعين جـ ٣ صـ ٢٨٨ وما بعدها . وكتاب الفروع جـ ٣ صـ ٦٠، وروى البخارى فى صحيحه من قضاء عمر رضى الله عنه : أن رجلا تزوج امرأة =

فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المنافى لمقتضى العقد ، أو الذى ورد النهى عنه .

فمثال الأول : اشتراط البائع على المشترى ألا يبيع المشترى، أو ألا يقفه، أو ألا يسكن فيه ، وهذا الشرط يلغو وحده ، ويبقى العقد صحيحاً .

ومثال الثانى : اشتراط البائع على المشترى أن يؤجر الدار لفلان ، أو أن يهبه شيئاً ، أو أن يبيع له شيئاً معيناً ، وكذلك كل شرط يوجب إنشاء عقد آخر . مستندين إلى حديث : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة » ، « أو صفقتين فى صفقة » ، وهذا النوع من الشروط يفسد العقد معه أيضاً ، لأن النزاع فى العقد الآخر المشترط يؤدى إلى النزاع فى العقد الأصلى .

ومن ذلك أيضاً اشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق امرأته الأولى ، أو اشتراطها أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً .

وما عدا هذين النوعين فهو صحيح ، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها من بلدها ، وقبل ذلك صح الشرط ووجب الوفاء به ، فإن لم يوف به كان لها أن تطلب الفسخ .

وبالجملة : فإن مذهب(١) الحنابلة يعتبر — بحق — أوسع المذاهب الفقهية

= وشرط لها السكنى فى دارها ، ثم نقلها فتقاضيا إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : أذن يطلقننا ؟ فقال عمر « مقاطع الحقوق عند الشروط فلك ما شرطت .

(١) أى فرق بين هذا المذهب وبين ما تقرره القوانين الحديثة . من أن كل شرط يشترطه العاقدان يعتبر صحيحاً ملزما الا ما يخالف النظام العام ، أو الآداب العامة ، أو النصوص القانونية الخاصة .

فى إباحة الشروط فهو الذى يتفق ورغبات المتعاقدين ، وفيه مسايرة العرف التجارى الحديث .

مما يلاحظ أن هذا المذهب لا يفرق بين عقد وعقد ، بل جعلوا عقد الزواج أولى من غيره بالوفاء بشروطه .

يقول ابن القيم فى زاد المعاد(1) ، فى الصحيحين عن رسول الله أنه قال : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » وفيهما « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ ما فى صحفتها فإنما لها ما قدر لها » ، وفيهما « إنه نهى أن تشترط المرأة طلاق أختها » ، وفى مسند أحمد « لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى » ، فتضمن هذا الحكم وجوب الوفاء بالشروط التى اشترطت فى العقد إذا لم تتضمن تغييراً لحكم الله ورسوله ، وبعد أن بين بعض الشروط الواجب الوفاء بها ، والتى لا يجب الوفاء بها ، والمختلف فيها قال : وتضمن حكمه صلى الله عليه وسلم بطلان اشـــتراط المرأة طلاق أختها ، وأنه لا يجب الوفاء به ، فإن قيل : فما الفارق بين هذا وبين إشتراطها ، ألا يتزوج عليها حتى صححتم هـذا ، وأبطلتم شرط طلاق الضرة ، قيـل الفرق بينهما : « إن فى اشتراط طلاق الزوج من الإضرار بها ، وكسر قلبها ، وخراب بيتها ، وشماتة أعدائها ما ليس فى اشتراط عدم نكاح غيرها ، وقد فرق النص بينهما ، فقياس أحدهما على الآخر فاسد » . اهـ

تنبيه : تبين مما سبق أن منافاة الشرط لمقتضى العقد تجعل الشرط فاسداً على كلا المذهبين ، ولـكن الحنفية توسعوا فى تفسـير المنافاة — حسبما يؤخذ من تفريعاتهم — فكل ما يحد من آثار العقد — ولو كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين — يعتبر فى نظرهم منافياً لمقتضى العقـد ما دام ذلك غير مبطل للمقصود الأصلى من العقد ، بل قالوا : إن مثل ذلك يعتبر من مقتضى العقد ،

---

(1) جـ ٤ ص ٤

لأن مصلحة العاقد مصلحة للعقد نفسه ، فلو شرط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه فانه يكون مبطلا للمقصود الأصلى من العقد ، وهو الملك المبيح للتصرف ، بخلاف ما إذا شرط الانتفاع به مدة معينة كسكنى الدار ، أو زراعة الأرض ، فانه لا يكون منافياً عندهم .

٣ — محل العقد

محل العقد هو ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، وهو مختلف باختلاف العقود ، فتارة يكون عيناً مالية ، كما فى البيع والهبة والرهن ، وأخرى يكون عيناً غير مالية ، كما فى الزواج ، فان موضوعه المرأة ، وقد يقع العقد على منفعة مال ، كما فى عقد الإجارة ، وقد يكون غير ذلك ، وسواء كان موضوع العقد هذا أو ذاك فلابد من أن يتوفر فيه الشروط الآتية :

١ — أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، فاذا لم يكن قابلا له لا يصح أن يرد عليه العقد ، ومن ثم يكون العقد باطلا ، فاذا كان وارداً على منفعة ، أو عمل يشترط أن يكون مما أباحه الشارع .

فالشىء الذى ليس مالا كالميتة ، والمال غير المتقوم ، كالخمر والخنزير فى حق المسلم ، والمال المباح لا يصح أن يرد عليه بيع ولا هبة ولا وقف ولا وصية .

وكذلك المرأة المحرمة بالنسبة لشخص معين لا تصلح أن تكون محلا لعقد الزواج ، والعمل المحرم كالقتل والسرقة ، وإتلاف الأموال لا يصح الاستئجار عليه .

والأموال التى يتسارع اليها الفساد كالخضروات والثلج لا تصلح أن تكون محلا للرهن على الرأى الراجح ، لأن حكمه وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء فى وقته لا تقبله هذه الأموال .

٢ — أن يكون موجوداً عند العقد ، أو متوقعاً وجوده فى المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد ، فعقود البيع والهبة والرهن ترد على عين ، والعارية ، والإجارة كلاهما يرد على منفعة ، وهى غير موجودة قطعاً وقت العقد ، وإنما توجد شيئاً فشيئاً ، وعقد الاستصناع يرد على شىء غير موجود لكنه يوجد فى المستقبل وكذلك عقد المزارعة والمساقاة .

وإذا كانت طبيعة العقود تختلف تبعاً لاختلاف محالها ، فهذا الشرط يختلف تبعاً لذلك الاختلاف .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشىء المعدوم الذى يستحيل وجوده فى المستقبل لا يصلح أن يكون محلا للعقد سواء كان ذلك عيناً أو منفعة .

كما إذا تعاقد شخص مع طبيب على علاج مريض توفى ، فان الميت لا يصلح أن يكون محلا للعلاج ، أو تعاقد شخص مع عامل على حصاد زرعه الذى احترق.

كما اتفقوا على أن محل العقد إذا كان منفعة لا يشترط وجودها عند العقد، وإنما يشترط إمكان تحققها فى المستقبل ، لأن طبيعة العقد لا تقتضى وجود محله عند التعاقد ، وحيث إن المنفعة معدومة توجد شيئاً فشيئا ، ولا يتصور وجودها دفعة واحدة .

واختلفوا فيما إذا كان العقد وارداً على عين مالية . هل يشترط أن يكون المحل موجوداً فى كل العقود، أو أن ذلك شرط فى بعضها فقط، أو لا يشترط ذلك بل يشترط عدم الغرر، وهو ما لم يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً.

فالحنفية ومعهم الشافعية يشترطون أن يكون موجوداً فى جميع العقود لا فرق بين عقد معاوضة وعقد تبرع ، فلا يصح عندهم بيع المعدوم ولا هبته ولا رهنه ، وكذلك ما يتيقن وجوده كاللبن فى الضرع ، لاحتمال عدمه بأن يكون انتفاخاً ، والحمل فى بطن أمه ، لاحتمال أن يولد ميتاً .

ولذلك تراهم يقرزون فى السلم « وهو بيع شىء ليس عند الإنسان حال العقد بثمن حال » : إنه مشروع على خلاف القياس والقواعد باستثناء الشارع بالنص .

والمالكية يشترطون ذلك فى عقود المعاوضات فقط ، وأما عقود التبرعات كالهبة والوقف فيصح أن يكون المحل فيها معدوماً ، فإذا وهب ما ينتجه الشجر أو النخيل من الثمر صح ، ومثلها فى ذلك الرهن ، ومع اشتراطهم وجود المحل فى عقود المعاوضات فقد جوزوا بيع المعدوم فى الخضروات التى تظهر شيئاً فشيئاً ، كالباذنجان والبطيخ والخيار والشمام وما شاكلها ، لضرورة أنها لا تظهر دفعة واحدة . فلو منع بيعها حتى توجد كلها لوقع الناس فى الحرج .

والحنابلة وخصوصاً ابن تيمية وابن القيم لا يشترطون وجود المحل فى أى عقد ، فيجوزون بيع المعدوم مادام خالياً من الغرر . على معنى أن يكون مقدوراً على تسليمه .

ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فى فهم حديث النهى عن بيع المعدوم ، وحديث النهى عن بيع الغرر ، فالحنابلة يقولون : إن النهى عن بيع المعدوم ليس لذاته ، بل لما فيه من الغرر ، فيكون النهى دائراً مع الغرر ، وهو عدم القدرة على التسليم ، فإذا كان المعدوم يحتمل وجوده مستقبلا ويقدر على تسليمه حينذاك صح العقد عليه لانتفاء الغرر ، ولذلك لا يصح بيع الموجود الذى لا يقدر على تسليمه كالبعير الشارد ونحوه .

وغيرهم يذهب إلى أن الحديث الأول « نهى عن بيع المعدوم » صريح فى النهى عن بيع المعدوم ، فلا يصح إلا ضرورة ، كما قال مالك فى بيع الخضروات والفواكه ، وحديث النهى عن بيع الغرر وارد فى الموجود الذى لا يقدر على تسليمه ، كما فى البعير الشارد والعبد الآبق .

والتشريع الوضعي في جملته موافق للفقه الإسلامي بالنسبة لهذا الشرط كما جاء في المادتين ١٣١ ، ١٣٢ من القانون المدني الجديد .

وفي هذا يقول الدكتور السنهوري في وسيطه(١) : يشترط أن يكون محل الالتزام شيئاً موجوداً وقت نشوء الالتزام ، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وفي موضع آخر(٢) يقول: إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يجب أن يكون موجوداً ، وإذا كان محله عملا ، أو امتناعا عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكناً ، فإذا كان المحل مستحيلا فإن الالتزام لايقوم ، ويكون العقد باطلا ، ثم بين أن الاستحاله المبطلة للعقد هي الاستحالة الذاتية « الطبيعية » إذا كانت سابقة على العقد ، ومثلها الاستحالة القانونية .

٣ ــ أن يكون معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع، والعلم به يتحقق بتعينه بالإشارة ، أو بالرؤية عند العقد أوقبله بوقت لايحتمل تغيره فيه ، وكذلك برؤية جزء منه إذا كانت أجزاؤه ، أو وحداته غير متفاوتة تفاوتاً يعتد به في عرف الناس ، ويتعين أيضاً بالوصف إذا كان مالا مثلياً ، وذلك ببيان جنسه ونوعه ووصفه ، كقنطار من القطن جيرة ٣٠ رتبة جود مثلا أو أردب من القمح الهندي درجة نظافته ٢٣ .

وهذا الشرط موضع خلاف بين الفقهاء . فالشافعية شرطوه في جميع العقود لافرق بين عقود المعاوضات ، وعقود التبرعات ، والحنفية قصروه على عقود المعاوضات المالية وغير المالية ، وصححوا عقود التبرعات مع الجهالة في محلها ، لأن الجهالة فيها لاتؤدي إلى النزاع .

وأما المالكية فقد شرطوه في عقود المعاوضات المالية ، فلا يصح عقد

---

(١) ص ٣٧٦ (٢) ص ٣٨٢

منها مع الجهالة في محله مطلقاً سواء كانت فاحشة أو يسيرة ، ولم يشترطوه في عقود التبرعات ، فتصح مع الجهالة ، وإن كانت فاحشة ، ولذلك صححوا الهبة بالعبد الآبق ، أو البعير الشارد ، لأن الجهالة فيها غير مفضية إلى النزاع .

وفي عقد الزواج توسطوا فشرطوا عدم الجهالة الفاحشة ، ولهذا صححوه مع الجهالة اليسيرة في المهر ، مثل ما إذا تزوجها على أثاث بيت ، فإن جهالته يسيرة ، فيرجع فيه إلى المتوسط ، ومنعوه بمافيه جهالة فاحشة كالحيوان الفار الذى لايقدر صاحبه على تسليمه ، وعللوا هذا بأن الزواج فيه شبهان ، شبه بالمعاوضات من ناحية اشتراط أصل المهر ، وشبه بالتبرعات والإحسان من ناحية أن المقصود من دفع المهر هو المودة والألفة ، فلم يكن المهر عوضا من كل وجه (١) .

---

(١) وفي هذا يقول القرافي فروقه في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ماتؤثر فيه الجهالات والغرر ، وقاعدة ما لاتؤثر فيه ذلك من التصرفات : وردت أحاديث صحيحة في نهيه عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول . واختلف العلماء بعد ذلك فمنهم من عممه في التصرفات كلها وهو الشافعي ، ومنهم من فصل وهو مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة ، وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها ، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو مالا يقصد لذلك وانقسمت التصرفات عنده إلى ثلاثة أقسام طرفان وواسطة ، فالطرفان أحدهما . معاوضة صرفة ، فيتجنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ، وثانيهما . ما هو إحسان صرف لايقصد به تنمية المال ، بل إن فاتت على من أحسن إليه به لاضرر عليه ، فانه لم يبذل شيئاً ، ، بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابله ، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه ، وأما الاحسان الصرف فالمطلوب التوسعة فيه فيصح بالمعلوم والمجهول ، فاذا وهب له عبده الابق جاز أن يجده فينتفع به ، ولاضرر =

والتشريع الوضعي اشترط التعيين أيضاً ، ولكنه تجاوز عن الجهالة اليسيرة فيما إذا كان المحل غير معين بالذات ، فتراه في المادة ١٣٣ يقول :

(١) إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا .

(٢) ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أي ظرف آخر التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط .

وهنا يقول الأستاذ السنهوري : ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً ، أو قابلا للتعيين (١) .

= عليه إن لم يجده ثم إن الأحاديث لم يرد فيها مايعم الأقسام كلها ، بل وردت في البيع ونحوه .

وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح ، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى . « أن تبتغوا بأموالكم » يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه ، فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير ، فيجوز على عبد من غير تعيين ، ولا يجوز على العبد الآبق . لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف ، والثاني ليس له ضابط فامتنع ، والحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي يجوز فيه الغرر مطلقاً ، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة ، بل شأن الطلاق أن يكون بغير عوض كالهبة ، ثم قال والفقه مع مالك رحمه الله » اهـ ملخصاً .

(١) الوسيط صـ ٣٨٧ .

(٤) أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد وهذا فى المعاوضات المالية بالاتفاق، وفى عقود التبرعات خلاف مالك أيضاً، وعلى هذا الشرط لا يجوز إجارة المغصوب من غير الغاصب، كما لا يجوز بيعه من غيره لأن مالكه عاجز عن تسليمه، ولا يجوز بيع الحيوان الفار، ولا الصيد بعد فراره سواء كان حيواناً أو طيراً أو سمكا للعجز عن التلسيم.

وظاهر مسلك القانون المدنى، أنه لا يشترط هذا الشرط، بل أن الدكتور السنهورى فى بحث محل الالتزام عد الشروط ثلاثة فقط وليس هذا الشرط منها (١).

٤ ــ العاقد

إذا كان العقد لا يتصور وجوده من غير عاقد يصدر عنه، والعاقد لا يكون إلا إنساناً، وليس كل إنسان يصلح لأن يكون عاقداً، بل الأمر ــ حسب الواقع المشاهد ــ مختلف، فمن الناس من لا تصلح عبارته لشىء أصلا، ومنهم من تصلح عبارته صلاحا مطلقاً، ومنهم من هو وسط بين النوعين، فتصلح عبارته لنوع من التصرفات دون نوع آخر؛ أو هى صالحة فى ذاتها، ولكنها قاصرة فتحتاج إلى ما يقويها.

لذلك كان لابد وراء الإنسانية من شىء آخر يجعله صالحاً لأن يكون عاقداً، هذا الشىء هو المعبر عنه بالأهلية، ثم أن مجرد وجود العبارة الدالة على إنشاء العقد لا تجعله نافذ المفعول تترتب عليه الآثار، بل لابد من صفة أخرى يتوقف عليها نفاذ العقد شرعا، هذه الصفة هى المسماة بالولاية عند الفقهاء.

---

(١) راجع الوسيط فى شرح المولد من ١٣١ إلى ٣٥ ١.

فلا بد إذاً لوجود العقد شرعا وترتب آثاره عليه من وجود عاقد له أهلية وولاية ، وهذا يدعونا إلى الكلام على الأمرين « الأهلية والولاية » .

أما الأهلية : فمعناها فى اللغة الصلاحية ، يقال فلان أهل لهذا العمل ، أى صالح له وجدير به .

وفى اصطلاح الفقهاء هى صفة يقدرها الشارع فى الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، ويصح منه التصرفات .

والأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص ، بل قد يثبت له منها جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص فى جسمه وعقله ونقصانه ، وهى تتدرج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال عند ما يصل إلى درجة الكمال فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصة ، وكلما قل نقصه زادت أهليته .

فأول مراحلها ثبوت الحقوق له ، ثم ثبوت الحقوق عليه ، ثم صحة بعض التصرفات ، ثم صحة كل تصرفاته ، وتحمله المسئوليات ، ولهذا قسمها الفقهاء إلى قسمين أهلية وجوب ، وأهليه أداء ، وكل منهما إلى قسمين ناقصة وتامة .

فأهلية الوجوب : صلاحيته لأن تجب له الحقوق ، وتجب عليه الواجبات أو هى صلاحيته للالزام والالتزام .

ومناط هذه الأهلية عند الفقهاء هو الذمة(١) وهى صفة اعتبارية اعتبرها

(١) فسر القرافى المالكى الذمة بتفسير آخر فى كتابه الفروق ج٣ ص ٢٢٠ وما بعدها فى الفرق —٨٣— بين الذمة وأهلية التصرف .

حيث قال : « إنها معنى شرعى مقدر فى المكلف قابل للالتزام واللزوم ، وهذا المعنى

الشارع فى الشخص تجعله أهلا لثبوت الحقوق له وعليه ، ولذلك يقال : فى ذمة فلان كذا من المال، والذمة تثبت للشخص باعتباره إنساناً ، فكلما تحققت الإنسانية وجدت الذمة ، ووجدت معها أهلية الوجوب ، ومن هنا تثبت للجنين قبل أن يولد كما سيأتى بيانه .

وهذه الأهلية نوعان : ناقصة وكاملة . فالناقصة : هى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له : والكاملة : هى صلاحيته للوجوب له وعليه .

= جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له، ومنها ترك الحجر ، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش الجنايات وأجر الإجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل التزامه إذا التزم أشياء اختياراً من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للالزام والالتزام ، ثم قال : وهذا المعنى المقدر هو الذى تقدر فيه أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة .

ثم قال : وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع فى المحل، وسبب هذا القبول المقدر التمييز عندنا ، وعند الشافعى التمييز مع التكليف ، وأخيراً يقول : فكل من أهلية التصرف والذمة معنى مقدر فى المحل غير أن الأول لا إلزام ولا التزام فيه ، والثانى فيه ذلك ، والذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف بخلاف أهلية التصرف ففيها خلاف .

والذى يظهر لى من هذا الكلام أن مراده بأهلية التصرف هو ما أراده الحنفية بأهلية الأداء الناقصة، وما أراده بالذمة هو ما أرادوه بأهلية الأداء الكاملة. أقول يظهر من كلامه هذا من غير قطع بذلك لأنه قال فى أول الفرق : أنهما يجتمعان فى الحر البالغ الرشيد ، وتنفرد الذمة فى العبد البالغ ، وتنفرد أهلية التصرف فى الصبى المميز عندنا وعند أبى حنيفة وأحمد ، لأن تصرفه صحيح ينفذ بأجازة الولى خلافا للشافعى فإنه لا يصح عنده حتى ولو أجازه الولى .

لأن كون العبد البالغ كامل الأهلية محل نظر .

أهلية الأداء : هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع ، ومناط هذه الأهلية التمييز والعقل .

وهي أيضاً نوعان : ناقصة وكاملة حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل ، فإن كان تمييزه تاماً ، وعقله كاملا كانت أهلية أدائه كاملة .

والأهلية بنوعيها ، أو بأنواعها الأربعة لاتثبت للانسان مرة واحدة ، بل تثبت له شيئاً فشيئاً ، وأول مايثبت له أهلية الوجوب الناقصة ، ثم أهلية الوجوب الكاملة ثم أهلية الأداء الناقصة ، ثم الكاملة ، هذا إذا كانت حياته سائرة في طريقها الطبيعي ولم يعرض لها عارض من عوارض الأهلية الآتي بيانها .

ومن هنا انقسمت حياة الإنسان بالنسبة لثبوت أنواع الأهلية إلى مراحل أربع : ١ — مرحلة كونه جنيناً ٢ — مرحلة الطفولة وعدم التمييز ٣ — مرحلة التمييز ٤ — مرحلة البلوغ مع الرشد .

ففي المرحلة الأولى : يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، وبها يكون صالحاً لثبوت بعض الحقوق له ، لأن إنسانيته ليست كاملة ، بل هو إنسان من وجه دون وجه ، فمن حيث إنه يتغذى بغذاء أمه ، ويتحرك بتحركها ، وينتقل بتنقلها يعتبر كالجزء منها ، ومن ناحية أنه يتهيأ للانفصال عنها بعد تمام تكوينه يعتبر انساناً مستقلا ، فمراعاة للناحيتين يثبت له بعض مايثبت للانسان ، وهو ثبوت بعض الحقوق وهي :

١ — النسب من أبويه — ٢ — الميراث إذا مات أحد مورثيه ، فيوقف له أكبر النصيبين من نصيب الذكر والأنثى — ٣ — استحقاقه لما يوصى له به أو يوقف عليه ومايثبت له من ذلك لاتكون ملكيته له نافذة ، بل تتوقف

على ولادته حيا ، فإذا ولد ميتاً رد ذلك إلى أصحابه المستحقين له ، وإن ولد حيا تثبت له ملكية مستندة إلى وقت ثبوتها بأثر رجعى .

وفى المرحلة الثانية : التى تبدأ بعد الولادة مباشرة ، وتستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغه السابعة من عمره ، وفى هذه يصبح إنسانا مستقلا فتكمل أهلية الوجوب عنده ، فتجب له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، فإذا بيع له أو وهب له مال ، ووجب عليه العوض فى المعاوضات .

وإنما الذى يتصرف عنه وليه أو وصيه ، وتلزمه هذه التصرفات ، ما دامت فى حدود الولاية ، وآثارها لازمة له أيضاً ، فإذا زوجه وليه لزم المهر فى ماله ، وكذا نفقة الزوجة ، ولا يستطيع أن يتخلص من ذلك بعد ما يثبت له أهلية الأداء ، وهكذا كل الحقوق المالية سواء كانت عوضا كنفقة الأقارب ، أو مئونة كالخراج فإنه مئونة الأرض نظير المحافظة عليها وتسهيل زراعتها بشق الترع وإصلاح الأنهار ، وغيرها من المنافع العامة . ومثله أيضاً العشر ، لأن جانب المئونة فيه أرجح من جانب العبادة ، ويجب فى ماله أيضاً ضمان ما أتلفه من الأنفس والأموال ، فإذا أتلف لإنسان مالا وجب مثله فى ماله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً .

أما مرحلة التمييز : وهى تبدأ بعد سن السابعة إلى البلوغ والعقل ، ومعنى التمييز أن يصير بحالة يفرق فيها بين الخير والشر والنفع والضر ، ويعرف معانى الألفاظ ، والمقصود منها إجمالا ، فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ، ويدخله فى ملك غيره ، والشراء بالعكس .

والتمييز ليس له وقت محدد ، فقد يأتى مبكراً ، وقد يتأخر ، ويعرف بآثاره التى تبدو فى تصرفات الطفل ، وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة ،

ولذلك لم ينط الشارع أحكام التمييز بحقيقة التمييز، لأن الأحكام تضطرب حينئذ.

من أجل ذلك جعل الشارع سنا معينة لتكون مبدأ التمييز، وتثبت عندها الأحكام فاعتبر تمام السابعة هو الوقت الذى يعتبر فيه الطفل مميزاً ، وهذه السن فى الغالب يميز فيها الطفل متى كان فى حالة طبيعية .

وفى هذه المرحلة تبتدىء أهلية الأداء فتثبت له أهلية الأداء الناقصة ليمرن على التصرفات ، ولكن تصرفاته تكون تحت رقابة من له الولاية عليه ، لأن قصور أهليته يجعله محتاجا إلى ما يكمل أهليته ، ومن هنا قسموا التصرفات بالنسبة إليه إلى ثلاثة أقسام .

١ — تصرفات نافعة نفعا محضا ، وهذه تصح منه وتنفذ ، ولا تحتاج إلى شىء آخر من إذن ولى أوغيره ، لأنها خير على كل حال ، مثل قبول الهبة ، والوصية والوقف وما شاكل ذلك .

٢ — تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهذه لاتصح منه ، بل تقع باطلة ولا تنفذ حتى ولو أجازها الولى أو الوصى ، لأن الوصى أو الولى لايملك إنشاء هذه التصرفات ابتداء ، حيث إن تصرفاته مقيدة بما لا يضر بالصغير ، من ذلك الهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات والطلاق والكفالة بالدين .

٣ — تصرفات دائرة بين النفع والضرر بمعنى أنها تحتمل الأمرين كالبيع والشراء والإجارة ، وسائر عقود المعاوضات المالية وغير المالية كالزواج .

وهذه التصرفات تصح(١) من الصبى المميز ويتوقف نفاذها على إجازة الولى . . أما صحتها فباعتبار ماله من أصل الأهلية ولاحتمال أنها نافعة ، وأما

---

(١) يوافق الحنفية فى صحة تصرفات الصبى المميز المالكية كما فى الفروق للقرافى .
راجع الفرق — ٨٣ — جـ ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها .
وكذلك الحنابلة كما فى كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٩ .

توقفها فلقصور أهلية الصبى ، و لاحتمالها الأمرين . فإذا أجازها عرفنا أن جهة النفع فيها راجحة ، وإذا رفضها عرفنا أنها بالعكس .

وينبغى هنا ملاحظة الأمور الآتية :

الأول : أن المعتبر فى هذ النوع الثالث هو طبيعة العقد دون نظر إلى واقعة معينة فإذا باع الصبى عقاره بأضعاف قيمته ، أو اشترى بنصف القيمة توقف العقد على الإجازة و لا ينظر إلى ما فيه من نفع ظاهر ، لأن الشأن فى هذه العقود أنها تحتمل الأمرين ، ولربما كان البيع بضعف القيمة فى واقع الأمر ضرراً ، كما إذا كان الصغير محتاجا إلى نفس المبيع مثلا ، أو احتمال أن يأتى عليه زمن ترتفع قيمته فيه أكثر مما بيع به .

الثانى : أن الإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا كان المجيز يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداء ، فإذا لم يكن يملك ذلك ابتداء لا تكون إجازته صحيحة .

فمثلا الولى أو الوصى لا يملك ابتداء أن يبيع مال الصغير بغبن فاحش، ولا الشراء كذلك ، فإذا كان عقد الصغير المميز كذلك لم يملك الولى إجازته ، لأن مالا يملكه ابتداء لا يملك إجازته ، فيقع العقد باطلا من أول الأمر ، كالتصرفات الضارة ضرراً محضا .

الثالث : أن التصرفات الموقوفة على إجازة الولى إذا بقيت معلقة لم يبت

= وبناء على هذا جوزوا لوليه أو للقاضى أن يأذن له بالتجارة ليتدرب على التعامل إلا أن الحنابلة قيدوه بما أذن له فيه فقط، والحنفية قالوا لا يتقيد ، فاذا أذن له بالتجارة فى نوع خاص كان له أن يتاجر فيه وفى غيره ، لأن الإذن إطلاق ورفع للحجر عنه وهو لا يقبل التقييد.

فيها الولى بقبول أو رفض حتى بلغ الصبي وكملت أهليته انتقل إليه حق إجازتها، لأنه ببلوغه يستقل فى تصرفاته ، فله أن يجيزها وأن يرفضها .

أما التصرفات التى بت فيها الولى بإجازة أو رفض فلا يملك فيها شيئاً ، لأن التصرف قد نفذ حال الإجازة ، أو بطل حال الرفض، وإذا بطل لا يقبل إجازة بعد ذلك ، وكذلك التصرفات التى وقعت باطلة من أول الأمر لا يملك إجازتها بعد البلوغ لما قلنا .

الرابع : إن الإجازة اللاحقة للتصرف تصير كالأذن السابق ، فينفذ التصرف مستندا إلى وقت التصرف ، فلو تزوج الصبي المميز بدون إذن وليه ، ثم أجازه الولى نفذ من حين العقد، وترتبت عليه آثاره من هذا الوقت ، ولو رده بطل من حين العقد أيضاً .

وأما مرحلة البلوغ والرشد : وهى المرحلة التى يكون فيها الجسم والعقل أقرب إلى التمام فيكمل للشخص فيها أهلية الأداء بالاتفاق إذا بلغ رشيداً .

والبلوغ يعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت، وأدنى سن يصدق وجودها فيها اثنتا عشرة سنة فى الغلام ، وتسع سنوات فى الفتاة ، فإذا ادعى غلام أنه بلغ باحتلام وكانت سنه اثنى عشرة سنة، ونماء جسمه يحتمله صدق فى دعواه ، وإن كانت سنه أقل منها لا يصدق ، وكذلك الفتاة بعد تسع سنوات ، وإن لم يوجد شىء من العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن ، فمتى بلغ خمس عشرة سنة حكم ببلوغه سواء كان ذكراً أو أنثى وهذا التقدير عند جمهور الفقهاء(١) ،

---

(١) والدليل على ذلك مارواه الجماعة عن ابن عمر قال : عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى » منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ٥ ص ٢١٠ .

وأبو حنيفة قدرها بثماني عشرة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة ، والإمام مالك قدرها بسبع عشرة سنة لهما ، كما في تفسير القرطبي(١) .

والشارع جعل البلوغ أمارة على كمال العقل وتمام التمييز وإن كان العقل يكمل والتمييز يتم عند بعض الأفراد قبل البلوغ وقد يتأخر ذلك عن البلوغ عند البعض ، ولكن الغالب أن ذلك يتحقق عند البلوغ والتشريع عام فلا بد أن يناط بشيء ظاهر مضبوط ، لأن إناطته بحقيقة تمام العقل والتمييز — وهو يختلف باختلاف الأفراد والبيئات — يؤدى إلى اضطراب التكليف .

وأما الرشد : فهو في اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال .

وعند جمهور الفقهاء : هو حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية (٢) : وهذا الرشد قد يأتى مع البلوغ ، وقد يتأخر عنه كثيراً أو قليلا ، وقد يتقدم على البلوغ ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ ، فإذا بلغ رشيداً كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلم إليه ماله باتفاق الفقهاء ، وإن بلغ غير رشيد بقيت الولاية عليه ، ولم تكمل أهليته ، وبقيت أمواله تحت يد وليه أو وصيه كما كانت عند جمهور الفقهاء ولا ترتفع الولاية حتى يتحقق رشده .

وخالف أبو حنيفة في هذا ، وقال : إذا بلغ عاقلا غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه ، ولكن أمواله لا تسلم إليه على سبيل الاحتياط والتأديب لا على سبيل الحجر عليه(٣) ، لأنه لا يرى الحجر على السفيه ، وهذا

---

(١) جـ ٥ ص ٣٧ .

(٢) هذا هو مذهب الحنفية ويوافقهم الإمام مالك ، ففي بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٤٣ أن مالكا يرى أن الرشد هو تثمير المال وإصلاحه فقط ، والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين .

(٣) راجع رد المحتار جـ ٥ ص ١٤٤ كتاب الحجر .

المنع عنده مؤقت ينتهي بأحد أمرين ، إما بالرشد بالفعل ، أو ببلوغه خمساً وعشرين سنة ، فإن رشد قبلها سلم إليه المال ، وإن لم يتحقق رشده سلم إليه إذا بلغ هذه السن .

وجمهور الفقهاء لم يحددوا للرشد سناً معينة ؛ لأنه تابع لتربية الشخص واستعداده فقد يأتي مبكراً وقد يتأخر ، ولأن النصوص لم تحدد ذلك ، بل أناطت تسليم المال إليهم بمجموع الأمرين البلوغ وإيناس الرشد في قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم[1] .

ثم إن اشتراط الرشد لنفاذ تصرفاته إنما هو بالنسبة للتصرفات المالية التي يكون السفه فيها سبباً للحجر عليه ، وأما غير ذلك من التصرفات كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ مع العقل .

وإذا كانت النصوص الشرعية لم تحدد للرشد سناً معينة ، فليس فيها ما يمنع التحديد ، ولكنها تركته لأولى الأمر يحددونها حسبما تقضي به المصلحة تبعاً لاختلاف البيئات ، وسهولة المعاملات وتعقدها .

ولقد حدد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال السن التي تنتهي عندها الولاية والوصاية على القاصر بإحدى وعشرين سنة[2] كما جاء بالمادة ١٨ ، والمادة ٤٧/١ ، فيصبح الشخص بعدها رشيداً ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

وقرر أن القاصر « غير الرشيد » ليس له أهلية التصرف في المال إلا فيما

(١) النساء — ٦

(٢) قد يستأنس في هذا التحديد بما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : لاعب ولدك سبعاً ، وأدبه سبعاً ، وصاحبه سبعا ، ثم اترك حبله على غاربه .

يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . مادة — ٦١ — كما أنه جعله أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره إذا بلغ السادسة عشرة ولم تر المحكمة تقييده فى التصرف بشىء . مادة ٦٣ .

وقد منع هذا القانون تسليم مال القاصر إليه إلا إذا بلغ الثامنة عشرة وأذن له الولى فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها بإشهاد رسمى لدى الموثق، أو أذنت له المحكمة بعد سماع أقوال الوصى ، المادتان ٥٤ ، ٥٥ .

ولقد كانت سن الرشد محددة بذلك من قبل فى قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، والقانون المدنى الجديد .

وفائدة هذا التحديد تظهر فى أن الشخص لا يقبل منه إثبات الرشد قبل ذلك ولا يحتاج عند بلوغها إلى إثباته بالدليل ، ويرفع عنه الحجر إلا إذا ثبت سفهه بعد بلوغها فإنه يحجر عليه حجراً قضائياً .

ويتلخص مما تقدم إن أهلية الوجوب ثابتة لجميع الأشخاص لا فرق بين رشيد وغير رشيد، ولا بين مميز وغير مميز، وأنها لا علاقة لها بإنشاء التصرفات، وأن أهلية الأداء الكاملة تثبت للبالغ العاقل الرشيد ، فإذا لم يكن رشيداً كانت أهليته ناقصة ما دام مميزاً سواء كان بالغاً أو غير بالغ ، ومن لا تمييز عنده لا أهلية له حتى ولو بلغ مائة سنة ، ومن هنا تكون أهلية الأداء مستلزمة لأهلية الوجوب ولا عكس .

والقانون المدنى الجديد بين ذلك فى المواد ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ .

فمادة ٤٤ — (١) كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

(٢) وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

مادة ٤٥ - (١) لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون .

(٢) وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

مادة ٤٦ - (١) كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون .

عوارض الأهلية

تحت هذا العنوان يتكلم علماء الأصول عن أمور كثيرة تعرض للإنسان فتؤثر فى أهليته إما بالنقص ، أو بالإبطال وقسموها إلى عوارض سماوية ، وهى التى لا دخل للانسان فيها كالجنون مثلا ، ومكتسبة ، وهى التى للإنسان دخل فيها كالسكر والسفه ، ولكنهم توسعوا فيها فعدوا منها الصغر مع أنه ليس عارضاً ، بل يولد الإنسان صغيراً ، كما عدوا أشياء لا تؤثر فى الأهلية بالنسبة إلى المعاملات ، وإنما يقتصر تأثيرها على بعض العبادات المكلف بها الشخص ، فيسقطها عنه أو يؤخرها إلى وقت آخر كالنفاس والسفر ، وتبع هذا التوسع أن صرحوا بأن تلك العوارض تعرض للأهليتين ، كالموت فإنه يعرض لأهلية الوجوب فيمنعها ، والنوم والإغماء وغيرهما فإنها تعرض لأهلية الأداء ولا تؤثر فى أهلية الوجوب ،

كما تبع ذلك أيضاً أن تكلفوا فى تفسير العوارض ، فقالوا : إن المراد بها الصفات غير الذاتية للإنسان سواء كانت طارئة ، أو غير طارئة ، مع أن المتبادر منها أنها الأمور الطارئة .

ولكنا ونحن بصدد الكلام على أهلية التعامل لا يعنينا إلا معرفة الأمور التى تعرض لأهلية الأداء التى هى أساس التعامل .

وقد عرفنا أن هذه الأهلية تكمل إذا بلغ الشخص عاقلا رشيداً ، وعندها تكون كل التصرفات التى تصدر من صاحبها صحيحة معتبرة فى نظر الشارع ، ولكن قد يعرض لصاحب الأهلية عارض يؤثر فيه ، وبمقدار تأثير ذلك العارض فى مناط الأهلية — وهو العقل — يكون تأثيره فى الأهلية ذاتها ، فإن أعدم العقل ، أو عطله تعطيلا تاماً كان أثره فى أهلية صاحبه تاماً كذلك فيعدمها ، وإن لم يعدم العقل ، ولكنه أخل به إلى حد ما يكون تأثيره فى الأهلية كذلك ، فيصيرها ناقصة بعد أن كانت تامة ، وقد لا يؤثر فى العقل فلا يؤثر فى الأهلية ، ولكنه يحد من تصرفات الشخص محافظة على ماله . إما لمصلحته ، أو لمصلحة غيره .

والعوارض التى تعدم الأهلية : هى النوم والإغماء والجنون بالاتفاق ، والسكر على الخلاف ، وأما العته فينقصها ، والسفه والغفلة والدين ومرض الموت لا تؤثر فيها إلا أنها توجب الحد من تصرفات صاحبها لمصلحته كما فى السفه والغفلة ، أو لمصلحة غيره كما فى الدين ومرض الموت .

أما النوم : فهو فتور طبيعي يعترى الإنسان فى فترات منتظمة ، أو غير منتظمة لا يزيل العقل ، بل يعطله ، ولا يزيل الحواس الظاهرة ، بل يعطلها ، وعبارات النائم لا اعتبار لها على الإطلاق .

أما الإغماء : فهو مرض فى القلب ، أو الدماغ يعطل القوى المحركة للإنسان أو القوى المدركة فيه ولا يزيل العقل(١) ، وهو يشبه النوم فى أن كلا منهما يعطل العقل ، والقوى الظاهرة ، ويفترقان فى أن النوم عارض طبيعى ، والإغماء غير طبيعى . لذلك كان حكمهما واحداً من ناحية تأثيرهما فى التصرفات ، فكل عبارات المغمى عليه ملغاة لانعدام القصد عنده .

---

(١) السعد على التلويح ص ١٦٧ جـ .

وأما الجنون : فهو اختلال فى القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب ، فتتعطل أفعالها ، ولا تظهر آثارها .

وسواء أكان مطبقاً « مستمراً » أم غير مطبق « متقطع » فهو معدم للأهلية ، فلا يصح منه تصرف أصلا فى حالة جنونه ، وأما يصدر منه وقت الإفاقة فى الجنون المتقطع فإنه صحيح ، ما دام عقله سليما(١) .

وأما العته : فهو آفة توجب خللا فى العقل ، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعضه كلام المجانين ، وكذا سائر أموره(٢) .

والعته بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية ، بل يكون عند صاحبه بقية منه ، وعلى هذا تكون أهليته ناقصة كالصبى فى دور التمييز ، وقد تقدم تفصيل ما يصح منه . وما لا يصح .

هذا هو الأصل فى حد العته ، لكن بعض العلماء يرى أن العته نوعان ،

---

(١) والجنون أنواع مختلفة . لأن الاختلال إما أن يكون لنقصان جبل عليه فى أصل الخلقة ، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة ، وإما لاستيلاء الشيطان وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلح سبباً ، فهو أنواع ثلاثة ، فالأول منه لا يمكن علاجه ، لأنه خلقى كلسان الأخرس ، وعين الأكمه ، والثانى يعالج بالأدوية ، وفى هذين النوعين يزول العقل بيقين للفساد الأصلى ، أو الطارىء ، وأما الثالث فيسمى صاحبه ممسوساً وموسوساً . وهذا النوع يعالج أيضاً . ولكنه لا يحكم بزوال العقل فيه ، راجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٨٣ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٩٣ .

عته تام ، وآخر غير تام ، والأول يأخذ حكم الجنون ، لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن ، والثانى يأخذ حكم الصبا مع التمييز .

وأما السكر : فهو حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه ، فيتعطل منه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة(١) .

والسكر إما مباح ، كالحاصل من الأدوية ، أو الأشربة المباحة ، وإما حرام ، كالحاصل من الخمر وما فى معناها ، وقيل إن السكر يذهب العقل ، والصحيح أنه لا يذهبه ، بل يعطله بالكلية بدليل بقاء تكليفه ، ولا تكليف إلا مع العقل ، وعلى كلا الرأيين لا يكون للسكران إرادة ولا قصد .

ومن هنا ذهب بعض الفقهاء إلى أن عبارته لا تعتبر أصلا فى أى عقد من العقود .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بمباح ، والسكر بمحرم ، فنى النوع الأول لم يجعلوا لعبارته اعتباراً ، وفى النوع الثانى اعتبروها زجراً له ، وعقاباً على تسببه فى الإخلال بعقله ، وقد سبق تفصيل هذا الرأى ومناقشته .

---

(١) وقيل السكر هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله ، ولهذا بقى السكران أهلا للخطاب ؛ وقيل هو غفلة تلحق الإنسان مع فتور فى الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض ولا علة ، راجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٧٢ . وقد وضح كيفية السكر فقال : إن العقل فى الرأس ، وشعاعه فى الصدر والقلب ، فالقلب يهتدى بنوره لتدبير الأمور وتمييز الحسن من القبيح ، فإذا شرب الخمر خلص أثرها إلى الصدر فحال بينه وبين نور العقل فبقى الصدر مظلماً فلم ينتفع القلب بنور العقل . فسمى بذلك سكراً ، لأنه سكر حاجز بينه وبين نور العقل ، أه .

وأما السفه: فهو خفة تعترى الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل، ويراد به هنا: عدم الإحسان فى تصرفاته المالية، فينفقها على خلاف مقتضى الشرع والعقل (١) فالسفيه ينفق المال من غير نظر وروية فى العواقب محمودة كانت أو غير محمودة، لأن من عادته التبذير والإسراف فى النفقة، وأن يتصرف تصرفاً لا لغرض أو لغرض يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً، وهذه الخفة لا تؤثر فى أهلية السفيه بشىء، لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل، والسفيه كامل العقل، غير أنه يسير مع هواه ويكابر عقله.

وقد اختلف الفقهاء فى الحجر على السفيه، ومنعه من بعض التصرفات.

فذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر عليه، لأن الشخص إذا بلغ رشيداً كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسلم إليه ماله: فإذا ما عرض له السفه بعد ذلك لا يحجر عليه، ولا يسلب منه ماله، لأن فى الحجر إهداراً لآدميته وحريته، ولا يكون المال أعز من النفس فى موازين الأشياء.

وأما إذا بلغ عاقلا غير رشيد، فإنه يرى أن أهليته تكمل، والولاية ترفع عنه ولا يسلم إليه ماله لا حجراً عليه، وإنما للاحتياط فقط، حتى إذا رشد بالفعل سلم إليه، فإن لم يتحقق رشده وبلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه المال، لأن من وصل إلى هذه السن ولم يرشد لا ينتظر منه رشد بعد ذلك، فلا فائدة من حجز المال عنه، أو يقال: إن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد.

---

(١) فالمبذر سفيه ولو كان ينفق ماله فى وجوه البر عند الحنفية، وخالف الشافعى فلم يجعل الإسراف فى الإنفاق فى وجوه البر سفهاً، راجع رد المحتار جـ ٥ كتاب الحجر، وتبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٩٢.

وذهب الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » إلى أنه إذا بلغ سفيها تبقى الولاية عليه ، ولا يسلم إليه ماله ، ولا ينفذ من تصرفاته إلا ما كان نفعاً محضاً ، وأما بقية تصرفاته التي تقبل الفسخ ، ولا تكون صحيحة مع الهزل فممنوع منها ، وهذا الحجر للمحافظة على ماله لئلا يكون عالة على الناس بعد إفلاسه .

وأما التصرفات التي لا يؤثر فيها الهزل ، وهي الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين ، فتقع منه نافذة لأن الشارع رتب عليها آثارها بمجرد وجود العبارة المنشئة لها ، وكذلك وصيته لجهة من جهات البر ، لأنها عبادة ، وهي صحيحة منه .

وأما إذا بلغ رشيداً ثم عرض له السفه ، فإن الصاحبين اتفقا على أنه يحجر عليه في التصرفات التي يؤثر فيها الهزل للعلة السابقة ، ومع اتفاقهما على مشروعية الحجر بسبب السفه يرى محمد أن تحقق السفه يكفي في ثبوت الحجر عليه ، ولا يتوقف على القضاء ، لأن العلة في ثبوته هي السفه وقد تحقق ، فصار كالحجر بالجنون والعته والصغر ، وهذه لا تحتاج إلى القضاء فكذلك السفه .

وكما أن ثبوته عنده لا يتوقف على القضاء كذلك زواله لا يتوقف عليه ، فبمجرد عودة الرشد إليه يرتفع الحجر عنه ، وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بعد القضاء ، فوجود السفه وحده لا يمنع صحة تصرفاته ونفاذها لأمور :

الأول : أن الحجر عليه للنظر له ، وفي الحجر تحصيل النفع له بإبقاء ملكه وإلحاق الضرر به بإهدار عباراته وتصرفاته ، ومثل هذا محتاج إلى ترجيح أحد الجانبين وهو لا يكون إلا بقضاء القاضي .

الثاني : أن السفه أمر تقديري تختلف فيه أنظار العقلاء ، فرب شخص يرى تصرفاً ماسفهاً بينما لا يراه غيره كذلك ، وهذا يحتاج إلى قضاء القاضي

الذى وظيفته الفصل فى المنازعات بين الناس ، على أن السفه لا يثبت بالتبذير مرة واحدة ، بل لا يكون إلا بعد التكرار .

الثالث : أن الحجر عليه مبطل لتصرفاته ، وفى ثبوت الحجر عليه من غير قضاء إلحاق الضرر بمن تعاملوا معه من غير أن يعرفوا حقيقة أمره .

وكما أن الحجر عليه لا يكون إلا بقضاء القاضى عند أبى يوسف كذلك لا يرتفع الحجر إلا بعد القضاء بزواله عندما يتبين للقاضى زوال سفهه ، وعلى هذا تكون تصرفاته بعد السفه وقبل القضاء نافذة ، وتصرفاته بعد زوال السفه وقبل القضاء بزواله غير نافذة لعدم تحقق الشرط (١) .

ومما تجب ملاحظته هنا ، أن الحجر على السفيه يتناول تصرفاته فى جميع أمواله لا فرق بين ما دخل ملكه بعد الحجر عليه أو قبله ، والأئمة الثلاثة «مالك والشافعى وأحمد بن حنبل» موافقون على مبدأ الحجر كرأى الصاحبين (٢) .

أما الغفلة : فهى عدم الخبرة بالمعاملات ، ومعرفة نافعها من ضارها ، وصاحبها يخدع بسهولة ، فيلحقه الغبن فى معاملاته .

وهذا المعنى لا يوجب الحجر عند الإمام أبى حنيفة ، ويوجبه عند صاحبيه والأئمة الثلاثة ، فذو الغفلة كالسفيه عندهم سواء بسواء .

أما الدين : فهو عارض يعرض للإنسان لا يؤثر فى أهليته بالاتفاق

---

(١) راجع كشف الأسرار الكبير جـ ٤ ص ١٤٩٤ ، وكشف الأسرار الصغير جـ ٣ ص ٣٠٣ ، وتبيين الحقائق جـ ٥ باب الحجر ، ورد المحتار جـ ٥ باب الحجر أيضا .

(٢) توسط بعض فقهاء العراق كإبراهيم النخعى وابن سيرين فى الحكم بالحجر على السفيه فذهبوا إلى رأى وسط بين هذين الرأيين فقالوا : إن السفه الأصلى موجب للحجر عليه بسبب الصغر . وأما السفه العارض بعد البلوغ مع الرشد فلا يوجب الحجر عندهم . راجع بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ صفحة ٢٤١ وما بعدها .

سواء كان مستغرقا لكل ماله ، أو غير مستغرق ، لكنه يوجب الحد من تصرفاته بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة ، فإنه لا يرى الحجر عليه ، لأن فى الحجر إهداراً لحريته وإنسانيته ، وإنما يؤمر بسداد ديونه ، فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء ، وإن أبى الأداء حبس حتى يرضى بالأداء ، فيبيع ماله بنفسه ليؤدى ما عليه ، ولا يجوز للقاضى أن يبيع ماله جبراً عنه من غير رضاه ، لأن هذا نوع حجر عليه ، وهو لا يذهب إليه بالنسبة للحر البالغ العاقل بحال .

وأما جمهور الفقهاء الذين يرون الحجر عليه ، فمع اتفاقهم على مبدا الحجر يختلفون فى أن الحجر عليه يتوقف على قضاء القاضى أو لا .

فأبو يوسف ومحمد يذهبان إلى أنه يحجر عليه بشرطين — ١ — أن يكون دينه مستغرقا — ٢ — وأن يطلب الغرماء الحجر عليه ، وعلى هذا لا يصير محجوراً عليه إلا بقضاء القاضى فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة (١) .

والحجر يظهر أثره فى أمرين :

الأول : منعه من التصرفات التى تضر بدائنيه سواء أكانت تلك التصرفات من التبرعات المحضة كالهبة ، أم من المعاوضات التى فيها محاباة ، كالبيع بأقل من القيمة ، أو الشراء بأكثر منها .

الثانى : أنه يباع ماله جبراً عنه لسداد ديونه متى طلب الغرماء ذلك ، ولكن يتبع فى بيع أمواله الطريقة التى لا يلحقه ضرر منها وهى : أنه يبدأ ببيع المنقول الذى يتسارع إليه الفساد ، ثم باقى المنقول ، ثم العقار ، ولا يباع جميع أمواله

---

(١) والفرق للامام محمد بين الحجر هنا والحجر على السفيه . أن الحجر هنا لأجل الغرماء فيتوقف على طلبهم . وذلك لا يتم إلا بقضاء القاضى . بخلاف الحجر على السفيه فإنه لمصلحته وهو غير موقوف على طلب أحد .

بل يترك له ما يفي بحاجاته الأصلية من طعام وكسوة وسكنى له ولمن تجب نفقتهم عليه ، ويراعى فى ذلك قدر الكفاية من غير إسراف ولا تقتير ، حتى قالوا : لو كان له مسكن فسيح يمكن أن يكتفى بأقل منه بيع ذلك واشترى له آخر بقدر حاجته (١) .

ثم إن الحجر عليه يقتصر على أمواله التى اكتسبها قبل الحجر عليه ، لأنها هى التى تعلق بها حق الدائنين ، أما التى اكتسبها بعد الحجر عليه ، فلا يسرى عليها الحجر ، بل له حرية التصرف فيها كيف شاء .

والإمام مالك يرى أنه يحجر عليه ابتداء من غير حاجة إلى قضاء القاضى فتصرفاته التى تضر بدائنيه بعد الدين كلها موقوفة غير نافذة ، ولهم إبطالها وإجازتها ، وأما تصرفاته التى لا تضرهم كالبيع والشراء من غير محاباة ، والإقرار بدين لمن لا يتهم فيه فصحيحة نافذة ، لأن المنع لحق الغرماء ، فكل ما يضر بحقهم يحجر عليه فيه محافظة على حقوقهم ، ويبقى ما عدا ذلك على الأصل وهو النفاذ .

وإذا كان الدين محيطاً بماله كله حكم الحاكم بتفليسه ، ويحجر عليه ، وحينئذ يمنع من كل التصرفات فى ماله ، فلا يصح منها شىء حتى يقسمه بين غرمائه ،

---

(١) جاء فى تبيين الحقائق ص ٢٠٠ ج ٥ : اذا باع القاضى مال المدين لقضاء ديونه يترك عليه دست من ثياب بدنه . ويباع الباقى . لأن به كفاية . وقيل يترك له دستان لأنه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس ، وقالوا : اذا كان للمدين ثياب يلبسها ، ويكتفى بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه ويقضى ببعض ثمنها . ويشترى بما بقى ثوباً يلبسه . لأن قضاء الدين فرض عليه . فكان أولى من التجمل ، وكذلك فى المسكن اذا كان له مسكن يمكنه أن يجتزىء بما دون ذلك يبيعه ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكناً يكفيه » اهـ والدست كلمة فارسية معناها « البدلة » .

ويعجل ماعليه من الدين المؤجل ، ويترك له قدر نفقته وأولاده الصغار أياماً قدرت فى بعض الروايات بشهر ، وفى أخرى إلى أن يتسبب فى وجه نفقته ، لأن إسلامه إلى الهلاك دون قوت غير جائز ، كذلك كسوته المعتادة ، ثم ماعدا ذلك يسدد منه ديونه (١) .

وفى مذهب الحنابلة رأيان . رأى مع الإمام مالك ، واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، ورأى مع الصاحبين ، وهو أن تصرفه نافذ ما دام لم يحجر عليه

مرض الموت : المرض عارض يعرض للانسان لاينافى أهلية الوجوب ، لأنه لا يخل بالذمة ، أو بالحياة التى هى مناط هذه الأهلية ، كما لا ينافى أهلية الأداء ، لأنه لايخل بالعقل ، فيجب على المريض الحقوق لغيره كما يجب على الصحيح ، وعبارته معتبرة حتى انعقد بيعه وهبته وإجارته ، وصح نكاحه وطلاقه وسائر تصرفاته .

وكان مقتضى ذلك ألا يتعلق بماله حق لغيره ولا يحجر عليه فى شىء من تصرفاته .

ولكن نوعا منه يسلم إلى الموت الذى ينهى الذمة ، ويبطل الملكية سماه العلماء « مرض الموت » ، وجعلوه موجباً للحجر عليه فى بعض تصرفاته محافظة على حقوق غيره من الورثة والغرماء ، وهذا النوع من المرض هو الذى يعنينا الكلام عليه هنا .

---

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٤٦ وما بعدها ، وشرح الباجى على الموطأ ج ٥ ص ٨٢ وما بعدها ، وفى ص ٨٥ يقول : والمرأة المديانة تفلس حتى تتزوج فليس لغرمائها أخذ مهرها فى دينهم إلا أن يكون الشىء الخفيف كالدينار ونحوه ، فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها وتبقى بلاجهاز ، ووجه ذلك أن حق الزوج متعلق بالجهاز .

وقد اختلفت عبارات الفقهاء فى تحديده وبيان حقيقته ، فمنهم من عرفه : بأنه المرض الملزم لصاحبه الفراش طال وقته أم قصر ، ومنهم من قال إنه المعجز لصاحبه عن القيام بأعماله المطلوبة منه سواء كان صاحب فراش أو لا بشرط أن يموت منه قبل مضى سنة ، فإن تجاوز السنة فلا يعتبر مرض موت ومنهم من ذهب فيه غير ذلك .

والمحققون من الفقهاء يقولون : إن العبرة فى مرض الموت أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة ، وأن يتصل به الموت سواء أكان حصول الموت بسبب هذا المرض أم بسبب آخر غيره . كالقتل والحرق والغرق وغيرها ، ولا يلتفت بعد ذلك إلى شىء آخر كالعجز عن العمل ، أو ملازمة الفراش ، أو تحديد الوقت الذى يموت فيه بسنة أو أقل منها ، إلا أنه إذا طال المرض . فإن كان يزداد على مر الأيام ، وتسوء حالة صاحبه فانه يعتبر من مبدأ المرض إلى الوفاة مريضاً مرض الموت ، وإن توقف المرض وهدأت حالته ، واستمرت حالة الهدوء مدة سنة ، ثم بدأ يشتد ألغيت المدة السابقة على شدته ، ولم تعتبر مرض موت ، بل يعتبر الشخص فيها صحيحاً ، وهكذا فى كل توقف إن استمر سنة من غير مضاعفات ألغيت المدة كلها ، وإن كان توقفه أقل من سنة أخذ حكم المرض المستمر .

وعلى ذلك يكون الملاحظ فى مرض الموت غلبة الظن بالهلاك من هذا المرض ، فكل مرض يغلب على الظن أنه موصل إلى الموت عادة ، أو حسب تقرير الأطباء يعتبر مرض موت طال زمنه أو قصر متى اتصل به الموت ، ولم تتخلله فترة هدوء سنة أو أكثر .

ولا شك فى أن مرضا كهذا يجعل صاحبه يائسا من الحياة ، فيختل ميزان تصرفاته ، فلا يسير فيها على الجادة المستقيمة ، بل تراه يميل بها مرة إلى هنا ، وأخرى إلى هناك .

ولذلك ألحقوا بالمريض مرض الموت كل شخص يضعف أمله في الحياة بسبب عارض من العوارض وإن كان صحيحا معافى من جميع الأمراض . كمن حكم عليه بالإعدام حكما صحيحا غير قابل للنقض ولا أمل في العفو عنه ، فإنه يعتبر كالمريض مرض الموت بالنسبة لتصرفاته ، وكذلك من كان في سفينة اختل توازنها في وسط البحر ، وجنحت إلى الغرق ولا أمل في نجدتها ، ومثله أيضا من كان في ساحة القتال أمام عدو يفوقه عدداً وعدة ، وأمله ضعيف في النصر . كل أولئك يأخذون حكم المريض مرض الموت . (١)

فإذا اختل أحد الأمرين السابقين لا يعتبر الشخص مريضا مرض الموت،

فإن كان المرض لا يوصل إلى الموت في الغالب ، كالأمراض العادية ، ثم اتصل به الموت لا يعتبر الشخص في هذه المدة في مرض الموت ، وكذلك إذا كان المرض يغلب منه الهلاك ، واستمر مدة ، ثم أعقبه الشفاء النهائي ، أو الشفاء الذي استمر أكثر من سنة ، فإن الشخص لا يعتبر فيه مريضا مرض الموت كذلك .

هذا النوع من المرض له حكم خاص ، وهو أن حقوق الدائنين تتعلق بمال المريض كله إن كان الدين مستغرقا ، أو ببعضه إن لم يكن كذلك ، كما يتعلق حق ورثته بثلثي ماله الخالص من الديون ، وهذا يقتضي الحجر عليه فيما يضر بحقوقهم .

وإنما كان هذا النوع من المرض موجبا لتعلق حقوق الغير بالمال ، لأنه موصل إلى الموت بسبب ترادف الآلام ، والموت عجز حقيقي ، وهو علة لخلافة الورثة والغرماء في المال . لأن بالموت تبطل أهلية الملك، فيخلفه أقرب

---

(١) الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٠٩ .

الناس إليه ، والذمة تخرب بالموت ، فيصير المال الذى هو محل قضاء الدين مشغولا بالدين ، فيخلفه الغريم فى المال ، فيكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله .

وإذا كان المرض سببا لتعلق حق الوارث والغريم بالمال يكون سببا من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يقع به صيانة هذا الحق .

ويثبت الحجر بالمرض عند ما يتصل به الموت ، لأن علة الحجر مرض مميت ، فقبل وجود الوصف لا يثبت الحجر ، لأنه قبل الموت لا ندرى . أيتصل به الموت فيكون مرض موت موجبا للحجر ، أم لا يتصل به فلا يكون كذلك ، ومع هذا الشك لا يثبت الحجر ، ولكن إذا ثبت الحجر يثبت مستنداً إلى أول المرض لأن الموت ، لما اتصل به علمنا أن حق هؤلاء تعلق بالمال من وقت ابتداء المرض .

وإذا كنا لا نحكم بتعلق تلك الحقوق بالمال إلا بعد الموت ، ولا يثبت الحجر إلا فى هذا الوقت تكون تصرفات المريض قبل الموت صحيحة نافذة تترتب عليها آثارها إذا كانت قابلة للفسخ (١) مثل البيع والهبة والوقف والوصية ، فإذا تحقق الموت نقض من هذه التصرفات ما يحتاج إلى نقضه إذا تعارض مع حق الغرماء ، أو الورثة ، ولم يجيزوه .

وإذا كان مرض الموت موجبا للحجر بعد الموت مستنداً إلى أول المرض لحق الغرماء والورثة فهل معنى هذا أن يسرى الحجر على جميع تصرفاته التى صدرت منه فى هذه الفترة كلها ؟

والجواب عن ذلك يحتاج إلى شىء من التفصيل ، لأن التصرف إما أن يكون لأجل قضاء حاجات المريض نفسه من طعام وكسوة وسكنى وزواج

---

(١) وأما التصرفات التى لا تقبل الفسخ كالإعتاق ، فإنها تقع منه صحيحة موقوفة كالمعلقة على الموت فيما يتعارض مع حقهم ويأخذ حكم الوصية .

أو ثمن دواء ونفقة من تلزمه نفقته، وغير ذلك. والثانى إما أن يكون تصرفا فى المنافع بتمليكها للغير بعوض فيه غبن بطريق الأجارة ، أو بغير عوض بطريق الإعارة ، أو يكون تصرفا فى أعيان المال بتمليكها كذلك بعوض أو بغير عوض ، وعلى كل . إما أن يكون لوارث أو لأجنبى .

فإذا كان تصرف المريض لأجل قضاء حاجاته ، ونفقة من تلزمه نفقته نفذ من حين التصرف ، وليس لأحد اعتراض عليه بعد وفاته ، فلا الدائنون ولا الورثة يملكون إبطال شىء من ذلك مهما بلغت قيمته بالنسبة للتركة إلا إذا كان فى هذا التصرف محاباة ، أو غبن لا يتغابن فيه الناس ، كما إذا باع شيئا بأقل من قيمته ، أو اشترى بأكثر من القيمة ، فإن هذه المحاباة تعتبر تبرعا فى مرض الموت فتأخذ حكم الوصية ، يستوى فى هذا الشراء من الوارث أو من الأجنبى على الأصح .

وإذا تزوج بمهر المثل فليس لأحد التعرض لذلك بالإبطال بعد وفاته أيضاً ، لكن إذا كان المهر أكثر من مهر المثل اعتبرت الزيادة تبرعا للزوجة ، فيأخذ حكم الوصية للوارث ، وكذلك إذا طلق امرأته وقع طلاقه فإن كان الطلاق بائنا ومات وهى فى العدة ورثته لأنه بطلاقها يعتبر فاراً من ميراثها ، وهذا عند الحنفية ، وعليه العمل الآن وهناك آراء أخرى(١).

وإذا كان تصرفه فى المنافع سواء كان بعوض ، أو بغير عوض كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة وغيرها ، فلا يملك أحد الرجوع عليها بالإبطال عند الحنفية لأمرين :

---

(١) ويرى الحنابلة أنها ترثه مطلقا حتى ولو انقضت عدتها مالم تتزوج بغيره قبل موته ، والمالكية يقولون : إنها ترث منه حتى ولو تزوجت غيره والشافعى منع إرثها منه عملا بالأصل وهو عدم إرث المبيوتة .

الأول : أن المنافع ليست أموالا فى مذهبهم فلا يتعلق بها حق الدائنين والورثة .

الثانى : أن التصرف فى المنافع ينتهى بوفاة أحد المتعاقدين ، وإذا انتهى التصرف الذى فيه المحاباة بوفاة المريض لم يبق محل لاعتراض أصحاب الحقوق من الدائنين والورثة .

وأما غير الحنفية الذين يعتبرون المنافع أموالا وأنها تنتقل ملكيتها بالأرث فإن التصرف فيها خاضع لما يخضع له التصرفات فى الأعيان .

وأما التصرف فى الأعيان . فإن كان بغير عوض ، كالهبة أو الوقف أو التصدق أو بعوض فيه محاباة ، كأن يبيع عيناً من ماله ، أو يشترى عيناً من آخر بالغبن ، فإن هذا التصرف يتوقف نفاذه بعد وفاة المريض على إجازة أصحاب الحق أو رفع ذلك الغبن ، وإن كان التصرف لاغبن فيه ، فإن كان مع أجنبى فإنه ينفذ ولا يتوقف على إجازة أحد ، كالا يبطله إبطال أحد منهم ، لأنه لم يمس حقاً من حقوقهم ولا تهمة فيه .

وإن كان البيع لوارث بمثل القيمة ، أو بأكثر منها فكذلك لايملك أحد إبطاله عند الصاحبين . بمعنى أنه نافذ فى حق الغرماء والورثة ، لأن حق الجميع عندهما متعلق بمالية التركة دون أعيانها وصورها .

وأما عند الإمام فهو نافذ فى حق الغرماء فقط ، وأما فى حق الورثة فغير نافذ ، بل هو موقوف على إجازتهم ، لأن حق الورثة عنده متعلق بمالية التركة وأعيانها معاً[1] ، فبيعه لأحد الورثة فيه إيثار له بهذه العين دون الآخرين ،

---

(١) فى كشف الأسرار الكبير جـ ٤ ص ١٤٣٢ ،حق الورثة متعلق بالمال صورة =

فتكون كالوصية بهذه العين الوارث، لأن المحاباة كما تكون بالتبرع بالمال نفسه تكون بعين مختارة ولو بقيمتها، والوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة.

يلاحظ أن قانون الوصية أجاز الوصية الوارث كالأجنبي فى حدود الثلث على السواء من غير توقف على إجازة أحد، والتوقف إنما هو فيما زاد على الثلث.

هذا حكم تصرفات المريض مرض الموت ماينفذ منها فى حياته وبعد وفاته، وما ينفذ منها فى حياته، ويتوقف بعد وفاته.

ومن هذا العرض نعلم أن مال المريض مرض الموت تتعلق به حقوق.

حق المريض نفسه ومن تلزمه نفقته وقد عرفنا أنه مقدم على جميع الحقوق وأنه نافذ وإن استنفذ كل المال إذا لم يكن فيه محاباة لأحد.

ثم يلى ذلك حقوق الدائنين، فإنها مقدمة على حقوق الورثة، والموصى لهم، ولذلك تتوقف كل تصرفاته التى فيها غبن يمس حقهم على إجازتهم أو إبرائهم.

فإذا كان الدين محيطا بكل التركة توقفت التصرفات التى فيها غبن ولو كان يسيراً على إجازتهم أو إبرائهم أو رفع ذلك الغبن فإن تمسكوا بحقهم، ولم يرفع هذا الغبن، أبطلت هذه التصرفات وفى هذه الحالة لاشأن للورثة بالتركة

= ومعنى فى حق أنفسهم، ومتعلق به معنى فى حق غيرهم من الاجانب والغرماء، فلو باع عينا لأحد الورثة بمثل القيمة لاينفذ إلا بإجازة الباقين. ولو باعها لأجنبى نفذت من غير توقف، وحق الغرماء متعلق به معنى لاصورة فى حق أنفسهم وفى حق غيرهم، فلو باع عينا بمثل القيمة لأحد الغرماء أو لأحد الغرماء أو لأجنبى عنهم سواء كان وارثا أو غير وارث نفذ من غير توقف.

إلا إذا أرادوا استخلاص أعيانها بدفع قيمتها للدائنين ، فانه فى هذه الحالة يجبر الدائنون على أخذ القيمة متى كانت ديونهم مساوية للتركة ، وإن كانت الديون أكثر لايجبرون .

وإن كان الدين غير مستغرق لكل المال استوفى مقدار الدين أولا ، وما بقى بعد ذلك يكون حق الورثة متعلقاً به ، فإن سلم لهم الثلثان بأن كانت المحاباة تخرج من ثلث باقى التركة بعد أداء الديون نفذت التصرفات ، وإلا توقفت على إجازة الورثة ، أو رفع ذلك الغبن .

وحق الورثة يظهر دائماً فى الثلثين بعد أداء الديون ، ولهذا لو كانت التركة مستغرقة بالديون لم يكن للورثة حق فيها ، فإن تنازل الدائنون عن بعض ديونهم ظهر حق الورثة وتعلق بثلثى هذا الجزء المتنازل عنه ، ولذلك لاينفذ من التصرفات التى فيها محاباة إلا بما يوازى ثلث هذا الجزء المتنازل عنه .

فلو فرضنا أن المدين بدين مستغرق لماله باع — وهو مريض — عيناً قيمتها خمسمائة بأربعمائة فإن مقدار الغبن يكون مائة ، ويتوقف على إجازة الدائنين ، أو إبرائهم من الدين مقدار ثلاثمائة ليخرج الغبن من ثلثه ، فلو كان الإبراء من مائة فقط توقف على إجازة الورثة فى ثلثى المائة .

ومن الحقوق المتعلقة بالتركة أيضاً الوصية ، وهى مقدمة على الميراث ، وتنفذ فى الثلث من غير توقف على إجازة ، والمحاباة فى تصرفاته فى مرض الموت تعتبر وصية فى المعنى فتضم إلى وصاياه الأخرى لتخرج من الثلث ، فإن ضاق عنها توقفت على إجازة الورثة(١) .

---

(١) والقانون المدنى عرض لتصرفات المريض مرض الموت فى موضعين الاول فى البيع فى مادتى ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، والثانى فى أسباب كسب الملكية فى الوصية مادة — ٩١٦ — وهو فى الموضعين قريب من أحكام الشريعة ، بل متفق معها فى أغلب الاحكام. راجع بحث الدكتور كامل مرسى فى مجلة القانون والاقتصاد فى سنتها الثامنة .

الولاية

معناها. أنواعها مبدأ ثبوتها. وعلى من تكون. من تثبت له. شروطها:

الولاية في اللغة مصدر ترد بمعنى تولى الأمر والقيام به أو عليه تقول : ولى هذا الشيء، وولى عليه ولاية إذا ملك أمره، وكان له القيام عليه، أو القيام به.

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها. بمعنى أنها تترتب عليها آثارها الشرعية بمجرد صدورها منه.

وهذه السلطة لا تثبت إلا لمن كان كامل أهلية الأداء، ففاقد الأهلية، وناقصها لا ولاية لواحد منهما لا على نفسه، ولا على غيره.

أنواع الولاية : هذه السلطه تثبت للشخص على نفسه وماله، وقد تثبت له على غيره، فالشخص كامل الأهلية له سلطة في حق نفسه في الأمور التي تتعلق بشخصه، والتي تتعلق بماله، فجميع تصرفاته نافذة مالم يترتب عليها ضرر بالغير كما في المدين، والمريض مرض الموت، وقد سبق تفصيل ذلك.

وهذه تسمى ولاية ذاتية أو قاصرة(١).

وقد تثبت له بالنسبة لشخص آخر، وتسمى ولاية غير ذاتية أو متعدية.

وهي إما أن تكون ثابتة بإثبات الشارع ابتداء من غير إنابة من أحد، كما في ولاية الأب، والجد عند عدم الأب، فإن الشارع أثبت لكل منهما ولاية على

(١) رجال القانون لا يسمون هذه ولاية، لأنهم يقصرون الولاية على صلاحية التصرف بالنسبة إلى الغير، جاء في الوسيط للدكتور السنهوري : الاهلية للاداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، والولاية هي نفاذ الاعمال القانونية على مال الغير. وفي موضع آخر. أهلية الاداء : صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه، والولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير.

أولادهم بمجرد ولادتهم ، وتسمى هذه ولاية أصلية .

وقد تكون بإنابة شخص أو أشخاص، كما فى ولاية الوصى الذى أقامه الأب أو الجد أو القاضى ، فإن الوصى استمد ولايته ممن أنابه، ولولا هذه الإنابة ما ثبتت له هذه السلطة ، ومثلها ولاية الوكيل فإنه استمدها من الموكل ، والإمام والقاضى كل منهما نائب عن المسلمين ، فهو يتصرف بحكم وكالته عنهم(١) .

ومن هذا ترى أن الولاية على الغير قد تكون ثابتة ابتداء من الشارع ، وقد تكون ثابتة بإنابة المالك نفسه ، وقد تكون بإنابة غير المالك(٢) .

فالولاية الذاتية أو القاصرة: هى التى تثبت للشخص كامل الأهلية على نفسه وماله.

والمتعدية: هى التى تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع سبباً لثبوتها . وهى نوعان ، أصلية ، ونيابية .

فالأصلية : هى ماثبتت بسبب الأبوة . كولاية الأب والجد الصحيح ، فإنها ثبتت بسبب ولادة الصغير ، ولم تأت لهما بإنابة غيرهما ولذلك تستمر حتى يزول سببها ، وهو الصغر وضعف العقل .

والنيابية : هى ماثبتت باستمدادها من شخص لآخر ، كولاية وصى الأب

---

(١) ومن الفقهاء من جعل تصرفهما بحكم الولاية التى أثبتها الشارع لهما .

(٢) يقول الكاسانى فى بدائعه جـ ٢ ص ١٥٢ فى بحث الولاية عند الكلام على شرائط البيع . والولاية فى الأصل نوعان : نوع يثبت بتولية المالك ، ونوع يثبت شرعا لابتولية المالك ، أما الأول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وإن لم يكن المحل مملوكا له لوجود الولاية المستفادة من الموكل ، وأما الثانى فهو ولاية الأب والجد. أب الأب ، والوصى والقاضى . وهو نوعان أيضاً . ولاية النكاح ، وولاية غيره من التصرفات ، ثم أخذ فى بيان وتوجيه كون ولاية وصى الأب والجد أصلية .

ومما ينبغى التنبيه عليه أن جعله ولاية الوصى مما ثبت شرعا لابتولية المالك لاينافى أنها ولاية نيابية ، ولكنها ليست من المالك، بل من الولى الأصلى وهو الاب أو الجد.

أو الجد أو القاضي ، وولاية الوكيل ، وكذلك الإمام والقاضي ، فإن ولايتهما مستمدة من المسلمين فكلاهما يعتبر نائباً عنهم .

وبعد هذا تتنوع الولاية المتعدية إلى نوعين .

ولاية على النفس : وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتأديب وختان وتطبيب وتزويج وما شاكل ذلك .

وولاية على المال : وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال ، وتفصيل الكلام على النوعين في مقرر آخر ونكتفي هنا ببيان مبدأ ثبوت الولاية وشروطها إجمالا .

مبدأ ثبوت الولاية وعلى من تكون ؟

والولاية تثبت على الأشخاص منذ ولادتهم وتستمر حتى يبلغوا الرشد ، أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه ، فلو اشترى له شخص شيئاً ، أو وهب له شيئاً فلا يدخل في ملك الجنين حتى ولو ولد حياً ، وإنما يثبت له الحقوق التي فصلناها عند الكلام على أهلية الوجوب .

والقانون الوضعي أجاز تعيين وصي للحمل المستكن حينما صدر قانون المجالس الحسبية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وعلل واضعوا القانون ذلك بأن عدم تعيين وصي فيه ضرر بمصلحته لما يترتب على ذلك من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة .

ثم جاء قانون المحاكم الحسبية سنة ١٩٤٧ مقرراً له ، وأخيراً صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال منظماً لذلك .

فالمادة - ٢٨ - منه تنص على : أنه يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية ، أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ، ويجوز له

أن يعدل عن اختياره فى أى وقت ، وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها .

والمادة - ٢٩ - منه تنص على أنه : إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً ، ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود مالم تعين المحكمة غيره .

وكما تثبت الولاية على الصغير تثبت على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة كما جاء بالمادة - ٦٥ - من قانون الولاية (١) .

من تثبت له الولاية : تثبت الولاية بوجه عام للأب والجد والوصى من قبل الأب أو الجد والقاضى ، ووصيه على خلاف بين الفقهاء ليس هذا موضعه .

وقانون الولاية على المال ينص فى مادته الأولى على أن الولاية للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة .

وفى المادة — ٢٩ تعين المحكمة وصياً للقاصر إذا لم يكن وصى مختار .

شروط الولاية : يشترط فى الولى أن يكون حراً عاقلا حتى يتحقق فيه أهلية الأداء ، فلا ولاية للعبد ، ولا للمجنون ولا للصغير ، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم ، وفاقد الشيء لا يعطيه ، وكذلك يشترط اتحاد الدين بينه وبين المولى عليه ، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم .

ومن الشروط : أن يكون قادراً على التصرفات التى تدخل فى ولايته مع

---

(١) ونصها : يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو الغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون .

أمانته ، لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه ، وهى لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة (١) .

فإذا كان الولى مستوفياً الشروط ، ثم أصبح غير أمين وجب عزله ، وإن طرأ عليه العجز لا يعزل ، بل يضم إليه القاضى من يعينه ليكمل نقصه .

ويشترط فى المولى فيه : ألا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه ، لقوله تعالى: « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن » ، وعلى هذا تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً نافذة، كقبول الهبة والوصية ، ومثلها التصرفات المحتملة للنفع والضرر مالم يكن ضررها ظاهراً ، وأما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا تنفذ على المولى عليه وذلك كالهبة من ماله ، أو الصدقة ، أو الطلاق غير أنه إن أمكن تنفيذها على الولى نفسه نفذت وإلا كانت باطلة .

الوكالة

معناها، أركانها وشروطها ، محلها ، أنواعها ، حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع ، إنتهاء الوكالة .

الوكالة فى لغة العرب تطلق على معان ، منها المراعاة والحفظ ، كما فى قوله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » (٢) ، ومنها التفويض والاعتماد ، كما فى قوله : « إنى توكلت على الله ربى وربكم (٣) » .

---

(١) وفى قانون الولاية على المال احتياط كبير لأجل المحافظة على أموال القاصرين فالمادة ٢٠ تنص على أنه : اذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها .

كما حدد للولاية حدودها التى يتصرف الولى فى إطارها . راجع على سبيل المثال المواد ٥ ، ٦ ، ٧ ، ١٢ وشرط فى الوصى : أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة ومنع من تعيين أصناف سبعة أوصياء كما جاء بالمادة ٢٧ .

(٢) آل عمران — ١٧٣ (٣) هود — ٥٦ .

والفقهاء يريدون بها المعنى الثانى (١) ، وهو التفويض والاعتماد ، ولكن بقيود تجعله أخص من المداول اللغوى ، فتراهم يقولون فى تعريفها .

إنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه فى تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة (٢)

ومعنى هذا ، أن الإنسان إذا أناب غيره ليقوم بدله بعمل من الأعمال التى يملك إصدارها ويكون مما يقبل الإنابة ، كان فعله هذا تفويضاً لذلك الغير فيما أنابه ، واعتماداً عليه فيه ، كما إذا قلت لشخص : بع مالى نيابة عنى ، وقبل ذلك كان هذا العمل توكيلا ، والعقد يسمى وكالة .

أما إذا كان التصرف غير مملوك له ، أو كان مملوكا له ولكنه لا يقبل الإنابة ، فإن هذا العمل لا يكون توكيلا مشروعا ، وسنوضح ما يقبل النيابة ، وما لا يقبلها عند الكلام على محل الوكالة .

هذا التصرف المسمى بالوكالة مشروع فى الفقه الإسلامى من مبدأ الأمر ، يدل على ذلك ما فى كتاب الله حكاية عن أصحاب الكهف : « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه (٣) » .

وهذه الحكاية وإن كانت عن قوم سابقين إلا أنها لم تنكر فى شريعتنا فتعتبر تشريعاً لنا ، على أنه جاء فى سنة رسول الله ما يؤيد ذلك ويؤكده ، فلقد أثر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل من يقبل عنه الزواج ، كما وكل من يشترى له شاة

---

(١) وقد يريدون بها المعنى الأول فيما إذا قال شخص لآخر : وكلتك بمالى ، أو أنت وكيلى فى كل شىء كان وكيلا بالحفظ . راجع تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه ص ٢٥٤ ج ٤

(٢) وقريب من هذا تعريف صاحب المنهاج من الشافعية : « بأنها تفويض شخص لغيره فيما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعا » .

(٣) الكهف — ١٩

وتلك حوادث مشهورة ، وأشهرمنها إنابته من يقوم بأعمال الدولة كجباية الزكاة وغيرها من ضروب الأموال .

ومن وراء ذلك إجماع الفقهاء المسلمين فى كل العصور على شرعيتها لم يخالف فى شرعيتها فقيه واحد منهم .

وليس من المعقول أن يهمل التشريع الإسلامى هذا الأمر الخطير الذى يتوقف عليه إلى حد كبير تحقيق مصالح الناس، وقضاء حاجاتهم ، فكثير من الناس تتشعب أعمالهم بحيث يعجزون عن القيام بها كلها ، أو يكون فى حالة يرى من الحرج القيام بعمل معين ، إما لأنه لا يليق به إتيانه ، أو لأنه لا يحسنه .

ومن هذا يظهر لنا حكمة تشريع الوكالة واضحة جلية .

ومن تتبع تشريع هذا الأمر فى القوانين الوضعية ، ومبلغ ماوصلت إليه بعد جهاد شاق طويل ، وقارن بينه وبين تشريعه فى الفقه الإسلامى وجد الفرق كبيراً ، فبينما نرى القوانين الوضعية تسير فى هذا الطريق على حذر نجد الفقه الإسلامى جاء به وافياً من أول الأمر .

وإن نظرة واحدة للضوابط التى وضعها الفقهاء له لكفيلة بتصديق هذه الدعوى .

يقول صاحب الهداية من الحنفية : « كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل غيره به »، ويقول صاحب المغنى (٢) من الحنابلة : « كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً » .

أركانها : الوكالة من العقود ذات الطرفين التى لا توجد إلا بإيجاب وقبول،

---

(٢) ص ١٩ ج ٥

إيجاب يصدر من الموكل بأى عبارة تدل على الإنابة ، أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة ، وقبول يصدر من الوكيل سواء كان قولا ، أو فعلا يعتبر قبولا ضمناً ، فلو علم الوكيل بالوكالة وسكت ثم باشر التصرف الموكل فيه اعتبر ذلك قبولا ، كما لا يشترط هنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام على مجلس العقد (١) .

ولما كانت الوكالة مشروعة لحاجة الناس إليها ، وحاجات الناس حسب الواقع مختلفة، فقد يكون الشخص محتاجا إليها فى وقت مستقبل غير محتاج إليها الآن . وقد يكون محتاجاً إليها فى حالة خاصة ، أو على اعتبار خاص لذلك صحت منجزة ومعلقة ومضافة إلى زمن مستقبل ، فكما يصح أنت وكيلى فى بيع كذا يصح وكلتك ببيعه إن سافرت خارج البلد ، أو وكلتك من أول الشهر القادم ،

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة ، والشافعية وإن خالفوا فى جواز التعليق على القول الراجح عندهم إلا أنهم صححوا تصرف الوكيل بعد هذا التوكيل المعلق لوجود الإذن(٢) .

شروطها : لابد لصحة الوكالة من توفر شروط لكنها موزعة بين الموكل والوكيل ، والموكل فيه .

---

(١) راجع تبيين الحقائق ص ٢٥٥ ج ٤ ، ونهاية المحتاج ص ٢١ ج ٤ ، وفيه « ولا يشترط فى وكالة بغير جعل القبول لفظا ، بل الشرط ألا يرد ، ولا يشترط فور ولا مجلس إذ التوكيل رفع حجر وقيل يشترط » اهـ .

(٢) راجع البدائع ص٢٠ ، ٢١ ج ٦ ، وكشاف القناع ص٢٣٢ ج ، نهاية المحتاج ص٢١ ج ٤ وعبارته « ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت على الأصح ، والقول الثانى إنها تصح ،وعلى الأول ينفذ تصرفه فى ذلك عند وجود الشرط لوجود =

فيشترط فى الموكل: أن يكون أهلا للتصرف الذى وكل فيه، فإذا كان التصرف يحتاج إلى كمال الأهلية لزم أن يكون الموكل كامل الأهليـة ، وإن كان يكفى فيه الأهلية الناقصة صح التوكيل من صاحبها ، وعلى هذا لا يصح التوكيل مطلقاً من فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز ، ويصح من الصبى المميز ومن فى حكمه فى التصرفات النافعة نفعاً محضاً من غير توقف ، كما يصح توكيله فى التصرفات المترددة بين النفع والضرر إذا كان مأذوناً له فى التجارة ، أو أجازها الولى أو الوصى، وتبطل فى التصرفات الضارة ضرراً محضاً حتى ولو أجازها وليه

وكذلك يصح التوكيل من المحجور عليـه للسفه أو للغفلة فيما يساح له من التصرفات دون غيرها ، ويصح توكيل المرأة شخصاً ليزوجها عند من أجاز لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها . ولا يصح هـذا التوكيل منها عند من لم يجز لها مباشرة هذا العقد(١) .

وإنما شرط هذا ، لأن الوكيل يستمد ولايتـه من الموكل ، فإذا لم يكن الموكل مالكا للتصرف الذى يوكل فيه فلا يتصور تمليكه لغيره .

ويشترط فى الوكيل : أن يكون له عبارة معتبرة، بأن يكون مميزاً ويستوى فى ذلك البالغ وغير البالغ، والرجل والمرأة، والحر والعبد، وعلى هذا يصح توكيل كامل الأهلية وناقصها كالصبى المميز ، ولا يختلفان إلا فى أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل

الإذن » ، ويقول ابن قدامة فى المغنى ص٨٥ ج ٥ : ويجوز تعليق الوكالة على شرط ، نحو إذا جاء الحاج فبع هذا الطعام ، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحما ، وإذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية ، وإذا طلب منك أهلى شيئاً فادفعه اليهم بهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الإذن ، وإن كان وكيلا بجعل فسد المسمى وله أجر المثل ، لأنه عقد يملك به التصرف فى الحياة فأشبه البيع اه .

(١) راجع نهاية المحتاج ص ١٢ ج ٤ .

إذا كان كامل الأهلية ، وإذا كان ناقصها رجعت إلى الموكل ، وخالف الشافعية في توكيل ناقص الأهلية ، كالصبي المميز فاعتبروه غير صحيح بناء على أن الشرط في الوكيل عندهم ، أن يصح مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه ، والصبي لا اعتبار لعبارته في مذهبهم إلا في بعض مسائل ليس التوكيل منها (١) .

ويشترط في الموكل فيه « محل الوكالة » .

أولا : أن يكون معلوما ، ولا تضر الجهالة اليسيرة ، لأنها لا تفضي إلى النزاع ، حيث أن الوكالة عقد غير لازم في أغلب صورها ، وهذا الشرط في الوكالة الخاصة ، وأما الوكالة العامة فتصح ولو كان الموكل به مجهولا » .

ثانيا : أن يكون من التصرفات المباحة شرعاً ، فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعا كالتوكيل في الغصب أو الاعتداء على الغير .

ثالثا . أن يكون مما يقبل النيابة ، وذلك لأن التصرفات منها ماهو منظور فيه إلى تحققه بصرف النظر عن فاعل خاص مثل البيع والشراء والإجارة والهبة ، ورد الودائع والمغصوبات ، وقضاء الديون ، وما شابه ذلك ، ومنها ماهو منظور إليه من ناحية صدوره من شخص معين ، مثل اليمين ، والشهادة والعقوبات .

من أجل ذلك كانت التصرفات في نظر الفقهاء بالنسبة لقبولها النيابة ثلاثة أنواع : نوع يقبلها بالاتفاق ، ونوع لا يقبلها كذلك اتفاقا ، ونوع ثالث كان مجالا لاختلاف النظر ، فأجاز البعض النيابة فيه ، ومنعها الآخرون (٢) .

---

(١) من هذه التصرفات الإذن في دخول الدار وإيصال الهدية . راجع نهاية المحتاج ص ١٤ ج ٤

(٢) إذا أردت أن تقف على أوجه النظر المختلفة فارجع إلى بداية المجتهد لابن رشد ص ٢١٠ ج ٢ ، والمغني لابن قدامة ص ٨٣ . والدر المختار مع حواشي =

ومن النوع الأخير استيفاء القصاص . فمن الفقهاء من أباح التوكيل به ، لأنه حق من حقوق الآدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيه، لأن صاحبه قد لا يستطيع استيفاءه . ومنهم من منع ذلك لأن الحدود تسقط بالشبهات ، وقد أمر بدرئها، والتوكيل يوصل إلى استيفائها ، ولأن الولى لو حضر ربما عفا (١).

= ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٣ وما بعدها . ومن الذين كتبوا فى ذلك بتوسع الإمام الشاطبى فى موافقاته ج ٢ ص ٢٢٧ وما بعدها . وكذلك القرافى فى فروقه ج ٢ ص ٢٠٥ فى الفرق بين قاعدة ما تصح النيابة فيه وما لا يصح النيابة فيه . وفيه يقول : « هذا الفرق مبنى على قاعدة وهى أن الأفعال قسمان . منها ما يشتمل فعله على مصلحة مع قطع النظر عن فاعله . كرد الودائع وقضاء الديون ورد المغصوبات وتفريق الزكوات والكفارات ولحوم الهدايا ونحوها ، فيصح فى جميع ذلك النيابة إجماعا ، لأن المقصود انتفاع أهلها بها ، وذلك حاصل ممن هى عليه لحصولها من نائبه ، ولذلك لم تشترط النيات فى أكثرها . ومنها ما لا يتضمن مصلحة فى نفسه ، بل بالنظر إلى فاعله كالصلاة فان مصلحتها الخشوع والخضوع وإجلال الرب سبحانه وتعالى وتعظيمه ، وذلك إنما يحصل من جهة فاعلها ، فاذا فعلها غير الإنسان فاتت المصلحة التى طلبها صاحب الشرع ولا توصف حينئذ بكونها مشروعة فى حقه ، فلا تجوز النيابة فيها إجماعا . ومنها قسم متردد بين هذين القسمين فيختلف العلماء فى أى الشائبتين تغلب عليه . كالحج فان مصالحه تأديب النفس بمفارقة الأوطان وتهذيبها بالخروج عن المعتاد من المخيط وغيره لتذكر المعاد والاندراج فى الاكفان وتعظيم شعائر الله فى تلك البقاع وإظهار الانقياد من العبد لما لا يعلم حقيقته كرمى الجمار والسعى بين الصفا والمروة والوقوف على بقعة خاصة دون بقية البقاع ، فمن لاحظ هذا المعنى وهو مالك ومن وافقه قالوا : لا تجوز النيابة فى الحج ، ومن لاحظ الفرق بين الحج والصلاة ، وأن الحج لا يعرى عن القربة المالية غالبا فى الإنفاق فى الأسفار قال تجوز النيابة فى الحج قال . ومن النوع الاول اليمين فان مصلحته الدلالة على صدق المدعى فلا تحصل بحلف غيره اهـ .

(١) راجع تبيين الحقائق ج ٤ ، والمغنى لابن قدامه ص ٨١ جـ ٥ ، ونهاية المحتاج ص ١٩ جـ ٥

أنواع الوكالة: والوكالة قد تكون خاصة ، وقد تكون عامة .

فالأولى : ما كانت إنابة فى تصرف معين ، كبيع سيارة معينة ، أو شراء شيء معين ، أو توكيل فى قضية خاصة .

والثانية : ما كانت إنابة عامة لا فى تصرف خاص، كأن يقول له : وكلتك عنى فى تصرفاتى كلها ، أو أنت وكيلى فى كل شيء .

والأولى صحيحة باتفاق الفقهاء بشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً ليس فيه جهالة فاحشة تؤدى إلى النزاع ، كما إذا وكله بشراء ثوب ولم يبين نوعه ولا صفاته فإنه يؤدى لامحالة إلى النزاع لو امتثل واشترى أى ثوب .

وأما الثانية فهى موضع خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من اعتبرها صحيحة ، ويملك الوكيل كل تصرف يملكه الموكل (١) ، ومنهم من أبطلها لما فيها من الغرر والضرر حيث تشمل بعمومها هبة أمواله وطلاق نسائه .

ويذهب فريق ثالث إلى صحتها مع استثناء مافيه ضرر بالموكل كالاسقاط والتبرع فلا يملكه الوكيل ، وهذا استحسان مقبول لاتنافيه قواعد الشريعة ، لأن الشخص قد يكون عاجزاً تمام العجز عن إتيان أى عمل من أعماله ، فلو لم يبح له هذا النوع من الوكالة لأدى إلى الحرج حيث يحتاج إلى توكيل وكلاء عديدين ، أو يضطر إلى توكيل خاص لكل عمل من الأعمال ، وفيه من المشقة ما لايخفى .

ومع ما لهذا الرأى من وجه ظاهر إلا أنه ينبغى أن يكون عموم الوكالة فى نوع من التصرفات ، كأن يوكل محامياً عنه فى جميع قضاياه ، أو يوكل شخصا فى جميع التصرفات المتعلقة بتجارته مثلا ، لأن الغرر الذى فيه يكون أقل مما فى

---

(١) ممن ذهب إلى هذا الرأى الحنابلة كما فى المغنى ج ٥ .

الوكالة العامة الشاملة لكل التصرفات ، فلا يحتاج إلى استثناء ، وهو مذهب الشافعية كما فى نهاية المحتاج (١) .

ونحن نميل إلى هذا الرأى ، لأنه وسط بين الرأيين محقق لمصالح الناس متفق مع ناموس الحياة الذى يتعقد يوما بعد يوم .

وتنقسم الوكالة أيضا إلى مقيدة ومطلقة :

فالوكالة المقيدة: هى التى يرسم فيها الموكل لوكيله طريق التصرف ، كأن يقول له : وكلتك فى بيع هذه الأرض بثمن حال قدره كذا ، أومؤجل إلى شهر مثلا ، أو مقسط إلى أقساط فى مدة عام ، وفى هذا النوع يتقيد الوكيل بما قيده به الموكل ، فلو خالف فإن كانت المخالفة إلى خير نفذ التصرف ، كأن يبيع بألفين ماوكله ببيعه بألف وخمسمائة ، أو يبيع بثمن حال ما وكله ببيعه بثمن مؤجل .

أما إذا كانت المخالفة لا خير فيها (٢) فإن التصرف يتوقف نفاذه على إجازة الموكل ، لأن الوكيل بمخالفته خرج عن وكالته ، وأصبح فضوليا ، وهذا عند من يصحح تصرف الفضولى وهم الحنفية ، وسيأتى توضيح ذلك فى فى بحث الفضولى .

وأما الوكالة المطلقة: وهى التى لم يقيد الموكل الوكيل فيها بشىء ، كما إذا قال لآخر : وكلتك فى إيجار هذه الأرض من غير أن يحدد له أجرة معينة ،

---

(١) ص ١٩ جـ ٤ : إذا قال أنت وكيلى فى كل شىء لا يصح للغرر الكثير ، أما لو قال له وكلتك فى بيع أموالى ، أو وفاء ديونى فانه يصح .

(٢) محل التوقف فيما إذا كان التصرف الصادر من هذا الفضولى لا يمكن تنفيذه على الفضولى كبيع مال الموكل وإجارته مثلا ، أما إذا وجد له نفاذاً عليه كالشراء من الغير والاستئجار منه فانه لا يتوقف بل ينفذ عليه من حين تصرفه .

ولا مدة معينة أو يقول له : وكلتك فى بيع هذه السيارة دون تحديد ثمن لها ، ولم يتعرض لكون الثمن حالا أو مؤجلا على قسط واحد أو على أقساط .

وهذه الوكالة لا تقيد الوكيل بشىء إلا بما تعارفه الناس ، فإذا وكل شخص آخر ببيع داره وكالة مطلقة تقيد الوكيل بالمتعارف ، فليس له أن يبيع بغير النقد الغالب ، كما ليس له أن يبيع بغبن فاحش «وهو ما لا يتساهل فيه الناس عادة» ، ولا بثمن مؤجل إلا إذا جرى العرف فى مثله بذلك ، وإذا وكله ببيعه مؤجلا من غير أن يحدد له الأجل تقيد بالأجل المتعارف فى مثله ، فإن لم يكن فيه عرف تقيد بالأنفع للموكل .

وممن ذهب إلى ذلك التقييد أبو يوسف ومحمد من الحنفية والإمام الشافعى(1) والحنابلة فى أرجح الرأيين عندهم ، ولكن الإمام أبا حنيفة يرى رأيا آخر فى الوكالة المطلقة ، فيجيز لذلك الوكيل أن يبيع بأى ثمن ، وبأى نقد ، حالا كان أو مؤجلا أو مقسطا ، حتى ولو كان بغبن فاحش ، لأن هذا هو ما يقتضيه الإطلاق ، ولو كان الموكل يقصد إلى شىء معين لقيده به فى وكالته ، أما وأنه لم يفعل فقد بقى المطلق على إطلاقه ، لأن الموكل قد يقصد التخلص من هذا المال بأى ثمن ، وعلى أى وجه .

وهذا كلام قد يكون حسناً فى بعض الحالات لولا ما فيه من مخالفة لقاعدة العرف المشهورة «المعروف عرفا كالمشروط شرطا» .

(1) راجع نهاية المحتاج حـ ٤ وفيه «وليس للوكيل أن يبيع لنفسه ولا لمن فى ولايته كابنه الصغير أو المجنون وله أن يبيع لأبيه وابنه الذى ليس فى ولايته وسائر فروعه.
وأما أبو حنيفه فيمنع الوكيل من البيع لأحد من فروعه أو أصوله ولو كان بلا غبن لوجود تهمة المحاباة ولكن صاحبيه يجوزان له التعامل مع الأصول والفروع وكل من لا تقبل شهادته له إذا كان خاليا من الغبن .

وبعد هذا فقد تكون الوكالة بغير أجر ، وهو أكثر صورها ، وقد تكون بأجر وفى هذه الحالة يكون الوكيل أجيراً ، والوكالة إجارة فى المعنى .

والنوعان ثابتان من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإنه وكل من يشترى له شاة بغير أجر ، ووكل عماله فى جمع الصدقات وغيرها ، وجعل لهم أجراً على ذلك .

فإذا صدرت الوكالة مع التصريح بكونها بأجر أو بغير أجر نفذ ذلك، وإن صدرت من غير تعرض لكونها بأجر أو بغير أجر حكم العرف ، فإن كان موضوع الوكالة مما تعارف الناس دفع الأجر عليه ، كما فى توكيل المحامين للدفاع، أو توكيل السماسرة فى البيع والشراء لزم الأجر ، ويقدر بأجر المثل ، وإن لم يكن فيه عرف بأحدهما كانت مجانا حملا للمتنازع فيه على الأعم الأغلب .

علاقة الوكيل بالموكل ومن هنا تختلف علاقة الوكيل بالموكل حسب نوع الوكالة، فإذا كانت الوكالة بأجر كانت العلاقة بينهما كالعلاقة بين الأجير والمؤجر فيلزم كل منهما بمقتضى العقد ، ولا يستبد أحدهما بفسخه من غير رضا الآخر إلا إذا وجد سبب موجب للفسخ ، وعلى هذا يلزم الوكيل بالمضى فى العمل ، وليس له أن يتخلى عنه بدون عذر يبيح له ذلك .

وإذا كانت مجاناً كان الوكيل متبرعا بالقيام بهذا العمل ، فلا يلزم المضى فى ذلك العمل ، بل له أن يتخلى عنه فى أى وقت شاء ، ولا يملك الموكل إلزامه بالمضى فيه ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

والشافعية لا يفرقون بينهما ، فالوكالة بنوعيها غير لازمة كما صرح به صاحب نهاية المحتاج(١) .

---

(١) ص٣٨ وما بعدها ج٤ وعبارته : «الوكالة ولو بجعل جائزة أى غير لازمة من الجانبين »

هل يملك الوكيل أنه يوكل غيره : يذهب الحنفية فى هذا الموضوع إلى أن للوكيل أن يوكل غيره فى حالتين :

الأولى : إذا أذن له الموكل فى صراحة . سواء اكانت الوكالة خاصة أم عامة . مطلقة كانت أو مقيدة.

الثانية: إذا فوضه فى التصرف . كأن يقول له : اعمل برأيك كيف شئت ، فإذا وكل كان الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الذى وكله ، وفى غيرهاتين الحالتين لايملك الوكيل توكيل غيره .

والشافعية(١) هنا يذهبون إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره من غير إذن مادام يمكنه أن يفعل ماوكل فيه ، وإن لم يمكنه فعله لكثرة ما وكل فيه ، أو لكونه لايليق به أن يفعله جاز له حينئذ التوكيل ، لكنه يوكل عن الموكل لا عن نفسه إلا إذا أذن له فى التوكيل عن نفسه ، فإن الوكيل الثانى يكون وكيلا عن الوكيل الأول ، فينعزل بعزل الأول أو بموته بخلاف الصورة الأولى فإنه لاينعزل بعزله ولا بموته .

ومما تجب ملاحظته هنا : أنه فى كل موضوع يجوز للوكيل أن يوكل فيه غيره لايصح له أن يوكل إلا الأمين القادر على مباشرة ماوكل فيه ، لأن ذلك هو مقتضى النظر للموكل(٢) .

تعدد الوكلاء: للشخص أن يوكل أكثر من واحد لينوبوا عنه فى القيام بما يحتاج إليه من تصرفات .

---

(١) والحنابلة يوافقون الشافعية فى الجملة راجع المغنى ص ٨٩ حـ ٥ .

(٢) راجع المرجع السابق .

فإذا وكل كلا منهم فى عمل معين ملك كل واحد ما وكل فيه فقط ، وإذا وكلهم فى عمل معين بعقد واحد ، فلا يجوز لواحد أن ينفرد به دون الآخرين إلا إذا صرح لهم بذلك عند التوكيل ، أو كان التصرف الموكل فيه لا يمكن اجتماعهم عليه فى وقت واحد . أو كان ذلك التصرف لا يحتاج إلى رأى وتشاور كرد الوديعة إلى صاحبها ، وكذلك إذا كان عند التوكيل أفرد لكل واحد وكالة خاصة ، بأن وكل كلا منهم به على الانفراد لأن التوكيل بهذه الصورة يعطى كل واحد الحق كاملا .

وفى كل موضع يجوز فيه الانفراد تنتهى وكالة الباقين بتصرف أى واحد من الوكلاء .

حكم العقد وحقوقه بين الموكل والوكيل : يراد هنا بحكم العقد الغرض المقصود من شرعيته والأثر المترتب عليه . كملك المبيع للمشترى والثمن للبائع فى عقد البيع ، وملك المتعة فى عقد الزواج وملك الأجرة للمؤجر ، والمنفعة للمستأجر فى عقد الإجارة ، وملك المنفعة بدون عوض للمستعير فى عقد الإعارة .

وأما حقوق العقد : فهى التزامات ومطالبات يقتضيها العقد لها اتصال بحكمه فتقرره وتمكن العاقدين من الاستفادة به على وجه سليم كحق البائع فى المطالبة بالثمن ، وضمانه سلامة المبيع من العيوب بحيث لو ظهر فيه عيب قديم وجب عليه قبوله من المشترى عند رده ، والتزامه برد الثمن عند استحقاق المبيع وكحق المشترى فى المطالبة بتسليم المبيع بعد أداء الثمن وثبوت حق الخيار عند رؤيته للمبيع ، وحق رده إذا ظهر به عيب قديم .

هذا هو الفرق بين حكم العقد وحقوقه ، ولكى تعرف إلى من ترجع هذه الحقوق وتلك الأحكام ، وآراء الفقهاء فى ذلك ينبغى أن تعرف أولا :

أن من العقود نوعاً لايقع عن الموكل إلا إذا أضافه الوكيل إليه ، كما إذا وكل شخص آخر في أن يزوجه أو وكله في أن يقترض له مبلغاً من المال، أو يستعير له شيئاً أو يقبل عنه الهبة من شخص آخر ، فهذه لابد للوكيل من أن يضيفها إلى موكله ليثبت الحكم له ، فإذا أضافها إلى نفسه ثبت حكمها للوكيل لا للموكل .

ومنها نوع لايلزم فيه أن يضيفه الوكيل إلى موكله ، بل يقع الحكم للموكل سواء أضافه الوكيل اليه ، أو أضافه إلى نفسه ، وذلك كعقود المعاوضات المالية ، كالبيع والشراء والإجارة وما شاكلها .

في النوع الأول ترجع أحكام العقد وحقوقه إلى الموكل بلا خلاف ، وليس الوكيل فيه الا أداء العبارة ، فهو سفير ومعبر عن الموكل فقط ومهمته سفارة ، وليست وكالة حقيقة .

فإذا قال الوكيل بالتزويج المرأة ، زوجي نفسك لموكلي فلان تم العقد وثبت حكم العقد للموكل وأصبح مطالباً بحقوقه ، فالمرأة تطالبه بالمهر ، وليس لها أن تطالب الوكيل ، لأن مهمته انتهت بانتهاء العبارة المنشئة للعقد .

ومثل هذا النوع في ذلك العقود التي لايتصور أن يضيفها الوكيل إلى نفسه، كما إذا كان وكيلا عن المرأة في الزواج ، أو وكيلا عنها في الطلاق على مال أو في الخلع .

وفي النوع الثاني يرجع حكم العقد إلى الموكل بلا خلاف سواء أضافه الوكيل إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه ، فيستوي قوله : اشتريت هذه السيارة بألف ، وقوله اشتريتها لفلان ، لأن العقد إنما عقد من أجله .

وأما حقوق العقد فقد اختلف الفقهاء فى رجوعها إلى الموكل أو الوكيل.

فالحنابلة يذهبون إلى أنها ترجع إلى الموكل :

يقول ابن قدامه فى هذا الموضع(1) : « ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، وإنما تتعلق بالموكل وهى تسليم الثمن . وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك » .

وفى موضع آخر يقول : « وثمن ما اشتراه الوكيل إذا كان مؤجلا فإنه يثبت فى ذمة الموكل أصلا ، وفى ذمة الوكيل تبعاً كالضامن ، وللبائع مطالبة من شاء منهما » .

والحنفية يقولون برجوعها إلى الوكيل لأنه هو الذى تولى إصدار العقد، فالطرف الآخر فى العقد لايعرف غيره ، ولكنه مع ذلك منفذ لإرادة الموكل ، فيجب ملاحظة الأمرين ، وهذا لا يكون إلا بجعل حكم العقد ، المقصود الاصلى منه راجعاً إلى الموكل ، وجعل حقوقه التى تعتبر بمثابة لوازم للحكم راجعة إلى الوكيل ، وإنما جعلوا المقصود الاصلى — وهو الحكم — راجعاً الموكل ، وما عداه راجعاً إلى الوكيل ، لان الولاية الأصلية للموكل، والوكيل استفاد ولايته على إنشاء العقد منه .

ثم إن رجوع الحقوق إلى الوكيل عندهم مقيد بشرطين .

أحدهما : أن يكون من أهل الضمان ، فإن لم يكن كذلك بأن كان محجوراً عليه رجعت الحقوق إلى الموكل سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى الموكل ، لأن الوكيل هنا ليس أهلا لرجوع الحقوق إليه ، لان الوكالة ضمان وكفالة وهو ليس من أهلها .

---

(1) المغنى ج ٥ ص ١٣١ .

ثانيها : أن يضيف العقد إلى نفسه ، فلو أضافه إلى الموكل ، كأن يقول: اشتريت لفلان « الموكل » كذا رجعت الحقوق إلى الموكل ، لأن الوكيل هنا سفير فقط .

والحنفية يحكون في كتبهم خلافا للشافعية في هذا الموضوع ، ويدعون أنهم يقولون برجوع الحقوق إلى الموكل ، ولكن المذكور في كتب الشافعية خلاف ذلك ، فهي تصرح بأن ماسماه فقهاء الحنفية حقوق العقد ، مثل المطالبة بالثمن ، أو تسليم المبيع ، وضمانه إذا كان مستحقا للغير ، وما شابه ذلك ترجع إلى الوكيل لا إلى الموكل(١) .

وربما كان للشافعية قول آخر هو الذي حكاه الحنفية عنهم .

انتهاء الوكالة : تنتهي الوكالة بواحد من أمور :

١ — إذا قام الوكيل بما وكل به في الوكالة الخاصة ، كأن يوكل شخص آخر في استئجار دار له ففعل ذلك .

٢ — خروج العين الموكل بالتصرف فيها عن أن تكون محلا له ، كما إذا وكله بأن يزوجه امرأة معينة فماتت ، أو وكله في شراء سيارة بذاتها فاحترقت .

٣ — إذا خرج الوكيل عن أهليته بأن جن جنوناً مطبقاً ، وهو مايستمر شهراً كاملا على الرأي الراجح المعمول به ، لأن صحة الوكالة موقوفة على كونه أهلا للتصرفات ، فإذا زالت هذه الأهلية بطلت الوكالة ، وكانت تصرفاته كلها لاغية .

---

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٣٧ ومابعدها ج ٤ ، وفيها « وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس ، والتقابض في المجلس حيث يشترط كالربوي والسلم الوكيل لأنه العاقد دون الموكل ، إلى أن قال : وإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل وإلا فلا يطالبه» .

٤ — إذا باشر الموكل العمل الذى وكل فيه قبل مباشرة الوكيل له، كأن يوكله فى شراء شىء معين، ثم يقوم بشرائه بنفسه، لأنه بعد تصرفه أصبحت الوكالة لا موضع لها فتبطل.

٥ — إذا مات الموكل، أو خرج عن أهليته للتصرف الذى وكل فيه، لأن ولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل. فإذا زال الأصل زال التبع، وبطلان الوكالة هنا يبدأ من وقت موت الموكل، أو خروجه عن أهليته. فكل تصرف للوكيل بعد هذا الوقت لا اعتبار له.

فمثلا إذا وكل شخص آخر فى أن يهب شيئاً معيناً من ماله لفلان، وقبل أن يقوم الوكيل بهذا العمل حجر على الموكل للسفه، فإن التوكيل يبطل وقت الحجر، لأن الحجر مانع من التبرعات، وبطلان الوكالة بهذا السبب لا يتوقف على علم الوكيل بما حصل للموكل، ولكن يشترط: ألا يكون هذا التوكيل قد تعلق به حق لغير الموكل فإذا كان كذلك لم ينعزل الوكيل إلا إذا رضى صاحب الحق.

٦ — إذا تنازل الوكيل عن التوكيل فإنه ينعزل عن الوكالة، ولكن بشرط علم الموكل بهذا التنازل لئلا يلحقه ضرر بهذا التنازل، وهو التغرير به، كما يشترط عدم تعلق حق لغير الموكل بهذه الوكالة، لئلا يلحق صاحب الحق ضرر بهذا التنازل، وحينئذ لا تنتهى وكالته إلا إذا رضى صاحب الحق بذلك.

٧ — إذا عزله الموكل من الوكالة، فإنه ينعزل لعدم لزومها بشرطين أيضاً

أحدهما: علمه بهذا العزل لئلا يلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما إذا تصرف تصرفا يعود عليه بالضمان، **وثانيهما**: ألا يتعلق بهذه الوكالة حق لغير الموكل، كما إذا وكل الراهن شخصاً ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل أجله، فإن هذا التوكيل تعلق به حق للمرتهن وهو الدائن، فإذا عزل الراهن الوكيل بالبيع فإنه لا ينعزل إلا برضا الدائن صاحب الحق، وكما لو أراد المدين السفر فطلب دائنه

لمن الحاكم بمنعه من السفر ، أو يوكل وكيلا عنه ليخاصمه وقت الحاجة فوكل وكيلا بالخصومة إجابة لطلبه وسافر ، فليس له أن يعزل الوكيل إلا إذا رضى الدائن بذلك .

الفضـــولى

التعريف به . موقف الفقهاء من شرعية تصرفاته . عقوده بين الإجازة والرد . أثر الإجازة فيه ، شروط صحة الإجازة

الفضولى فى لغة العرب ، هو من يشتغل بما لا يعنيه ، أو بما ليس له ، وعمله هذا يسمى فضالة ، والشرعيون يريدون بكل من اللفظين معنى يقرب من المعنى اللغوى فالفضولى عندهم : هو من يتصرف فى شئون غيره من غير أن يكون له ولاية إصدار هذا التصرف » ، فالذى يبيع مال غيره أو يؤجره أو يطلق زوجته من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه ، أو وكالة صادرة منه يكون فضوليا وتصرفه هذا فضالة .

هذا التصرف اختلف الفقهاء فيه على قولين :

أحدهما : أنه مشروع ، ويقع صحيحا متى كان المتصرف أهلا للتصرفات ، والمحل يقبل ذلك التصرف فى ذاته ، ولكنه لا يكون نافذا من حين صدوره ، بل يتوقف على إجازة صاحب الشأن ، وهو من صدر التصرف لأجله . وإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

وإلى هذا الرأى ذهب الحنفية والمالكية ، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة (١)

---

(١) راجع البدائع ص ١٤٨ وما بعدها ج ٥ وفتح القدير ص ٣٠٩ ج ٥ ، وبداية المجتهد ص ١٥٠ ج ٢ — وفيها يقول : بيع الفضولى اختلفوا فيه هل ينعقد أولا ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ وكذلك فى =

وثانيهما : إنه غير مشروع ، ويقع باطلا من أول الأمر ، ولا يغير من هذا رضا صاحب الشأن به بإجازته له ، لأن الإجازة إنما تؤثر فى عقد موجود.

وهذا العقد لا وجود له ، لأنه ولد ميتاً فلا تحييه الإجازة ، وإذا رغب صاحب الشأن فيه فعليه أن ينشىء عقداً آخر من جديد .

وإلى هذا ذهب الإمام الشافعى فى مذهبه الجديد ، والحنابلة فى أرجح الروايتين عندهم (١) .

استدلال أصحاب الرأى الثانى: أولا : بأن تصرف الفضولى تصرف فيما لا يملكه ، وقد ورد النهى عنه ، والنهى يفيد عدم مشروعية المنهى عنه عندهم ، ورد ذلك فى أحاديث ، منها . ما رواه ابن ماجه (٢) بسنده إلى حكيم بن حزام قال : قلت : يارسول الله الرجل يسألنى البيع وليس عندى أفأبيعه؟ ، قال «لا تبع ما ليس عندك» .

فهذا الحديث يمنع من بيع ما ليس عند الإنسان ، أى ما ليس مملوكا له . وهل الفضولى يفعل غير ذلك؟ وإذا كان هذا الحديث وارداً فى البيع ، فيلحق به غيره من التصرفات بطريق القياس .

= شراء الرجل للرجل بغير إذنه على أنه أن رضى المشترى صح الشراء . وإلا لم يصح فمنعه الشافعى وأجازه مالك فى الوجهين . ثم ساق الأدلة — والفروق للقرافى ص ٢٢٦ وما بعدها ج ٣ فى الفرق — ١٨٣ — وفيه يقول . فان للفضولى عندنا أهلية التصرف وتصرفه حرام وللمالك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر لينفذ ذلك المتصرف فدل ذلك على أن العقد المتقدم قابل للاعتبار .

(١) راجع كشاف القناع ص ١١ وما بعدها ج ٢ ، ونهاية المحتاج ص ٢٣ وما بعدها ج ٣ .

(٢) ج ٢ ص ١٦ بشرح السندى وهى أوضح فى الدلالة على المطلوب من رواية الترمذى التى نقلناها فى الطبعة السابقة .

ثانيا : بأن العقد لا يوجد شرعا إلا إذا كان العاقد له ولاية اصداره. إما بكونه يتصرف فى خالص حقه. أو بكونه نائباً عن غيره. فالولاية كالأهلية فكما لا يوجد العقد من فاقد الأهلية لا يوجد من فاقد الولاية. ولو كان كامل الأهلية فى نفسه. لأن الانعقاد معناه الارتباط بين كلامى العاقدين بحيث تترتب عليه آثاره شرعا. وأنه يحمل فى طيه تعهد كل منهما بتمكين الآخر من أحكام العقد كاملة والفضولى لا يمكنه ذلك ،

ولتوقف صحة العقد عندهم على الولاية قالوا : إن عقود الصبى المميز، ومن فى حكمه كلها باطلة .

وأما الذاهبون الى شرعيته فيستدلون على مذهبهم

أولا : بما ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى أحد اصحابه، وهو عروة البارقى ديناراً ، وقال له : « اشتر لنا من هذا الجلب شاة » قال فاشتريت شاتين بدينار ، وبعت احدى الشاتين بدينار ، وجئت بالشاة والدينار ، فقلت يارسول الله: هذه شاتكم وهذا ديناركم ، فقال : « اللهم بارك له فى صفقة يمينه »

ففى هذه الحادثة لم يكن عروة موكلا الا بشراء شاة واحدة ، فشراؤه الثانية وبيعه لما كان من غير توكيل ، وهذا بعينه هو عمل الفضولى ، وإقرار رسول الله له على هذا الوجه دليل على مشروعيته ، وإنه ينفذ على صاحب الشأن متى أجازه .

ثانيـاً : بأن التصرفات ما شرعت إلا لتحقيق مصلحة ، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه ؛ لأن الظاهر أن هذا الفضولى ما أقدم على ذلك الا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له، والمفروض أنه عاقل، والحكمة تقضى بعدم إهدار كلام العقلاء ، ففى القول بصحة تصرفه مراعاة للجانبين، أما جانب الفضولى فبانعقاد عقده ، وعدم اهدار عبارته ، وأما الجانب الآخر فبالحكم بأنه

موقوف على إجازته ، فإن رآه فى مصلحته أقره ، وأن وجده غير ذلك ألغاه ولا حرج عليه .

ثم قالوا : إن حديث حكيم بن حزام لا يدل على إبطال تصرف الفضولى ، لأنه وارد فى تصرف الإنسان لنفسه ، فلو باع الشخص شيئاً ليس عنده ربما لا يجده ، فيعجز عن تسليمه ، وحينئذ يكون قد غرر بصاحبه .

وإذا صح عقد الفضولى فإنه يكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن ، إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل ، ولكن هذا الحكم ليس مطلقا ، بل هو مقيد بشرطين :

الاول : أن يكون لهذا العقد مجيز (١) وقت انشائه ، فان لم يكن له مجيز فى هذا الوقت فلا تفيد فيه الاجازة ، كما إذا باع مال الصغير بغبن فاحش ، أو وهب ماله أو طلق زوجته ، فإن هذه التصرفات تقع غير صحيحة من أول الأمر لأنه لا مجيز لها عند انشائها . أما الصبى فلأنه ليس أهلا لها ، وأما وليه فلأنه مقيد بما فيه مصلحة الغير وهذه تصرفات ضارة به .

أما إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأكثر منها ، وكان للصبى ولى له حق الإجازة فيتوقف العقد على إجازته ، وكذلك إن كان البيع لمال العاقل الرشيد .

الثانى : ألا يمكن تنفيذ هذا العقد على الفضولى عند رفض صاحب الشأن له كما إذا باع مال غيره أو آجره سواء أضاف العقد إلى صاحب المال ، أم لم يضفه إليه ، وكذلك إذا اشترى ، أو استأجر ، وأضاف العقد إلى الشخص الذى يعقد له ، كأن يقول : اشتريت هذا الشىء لفلان أو استأجرته له ، فإنه فى هذه الصور لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولى ، وعلى هذا يكون موقوفا على إجازة من يعمل له الفضولى إن اجازه نفذ عليه ، وإن لم يجزه بطل .

---

(١) المجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك التصرف أو رفضه .

وأما إذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم اجازته فإنه لا يبطل بل إن اجازه من عقد لأجله نفذ عليه، وإن رده نفذ على الفضولي، لأن الأصل أن الإنسان يعقد لنفسه إلا إذا وجد ما يصرفه عن هذا الأصل، كما أن الأصل الاحتياط في التصرفات بالعمل على تصحيحها بقدر الإمكان.

وهذا كما إذا اشترى شيئاً أو استأجره ولم يضف العقد إلى من يعمل له فإنه في هذه الحالة يمكن اعتباره مشتريا، أو مستأجرا لنفسه، لأن العاقد الآخر شخصا غيره فيلزم به أمامه.

ويلاحظ هنا أن النفاذ يكون من وقت الإجازة في العقود التي يصح تعليقها بالشرط كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق، لأن هذا العقد يكون معلقا في المعنى على الإجازة فيصير كالمعلق حقيقة، فيقتصر على وقت تحقق الشرط.

وأما العقود التي لا تقبل التعليق بالشرط، كعقود المعاوضات فإنها تنفذ من وقت إنشائها، لان آثارها لا تتراخى عنها فتثبت من حين وجودها.

والعقود التي يتوقف تمامها على شيء آخر غير الصيغة كالهبة — فانها لا تتم إلا بالقبض — تنفذ من وقت تسليم الموهوب، ويظهر أثر ذلك في زوائد المعقود عليه. فإنها في البيع وأمثاله تكون مملوكة للمشترى، لانها زوائد ملكه.

أثر الإجازة في الفضولي: وكما أن الإجازة تؤثر في العقد بالنفاذ، وترتب آثاره عليه بعد أن كان موقوفاً. كذلك تؤثر في نفس الفضولي، فتجعله وكيلا من قبل إنشاء العقد، وكأن المجيز قد وكله به قبل مباشرته، ولذلك يقرر الفقهاء « إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة »، ويترتب على هذه الوكالة الجديدة ما يترتب على الوكالة السابقة على التصرف، وقد تقدم بيان ذلك. وآثار العقد وأحكامه تترتب من وقت نفاذ العقد على التفصيل السابق.

شروط صحة الإجازة: يشترط لصحة الإجازة الشروط الآتية .

١ – أن تكون ممن له ولاية إنشاء هذا العقد ، كالولى أو الوصى ، فلا تصح من القاضى مع وجود الولى أو الوصى .

٢ – أن تصدر حال بقاء محل العقد ، كى يظهر أثر العقد فيه عند الإجازة ، فلو أجاز العقد بعد هلاك محله ، فلا يظهر أثر لهذه الاجازة .

٣ – أن تكون فى حياة من تعاقد مع الفضولى ، كى يظهر أثرها فى حقه ، فلو باع الفضولى مال غيره لشخص وقبل إجازة مالك المال مات المشترى ، فإن الإجازة التى تصدر من مالك المال لا يكون لها أثر ، لعدم وجود الطرف الآخر فى العقد .

٤ – أن تصدر حال حياة الفضولى ، لأنه سينقلب بها وكيلا ، وهذا الشرط فى العقود التى ترجع حقوقها إلى الوكيل كالمعاوضات ، وأما فى العقود التى لا ترجع حقوقها إليه فلا تتوقف صحة الإجازة على حياته ، لأنه لا صفة له فى العقد بعد العبارة .

فلو زوج امرأة لرجل من غير توكيل منها ، وأجازت المرأة العقد ، فإنه ينفذ الزواج وتترتب عليه آثاره سواء أكان الفضولى حياً أو ميتاً ، بخلاف مالو باع مال غيره وأجاز مالك المال هذا البيع ، فان إجازته لا تكون صحيحة إلا إذا كان الفضولى حياً ، لأن حقوق العقد سترجع إليه ، فيطالب بتسليم المبيع ويطالب بالثمن .

فالفرق بين النوعين . أن الإجازة إذا نقلته إلى مرتبة السفير ، فإن مهمته تكون قد انتهت من حين العقد فلا حاجة إلى حياته ، وإذا نقلته إلى مرتبة الوكيل فإن مهمة الوكيل لم تنته بعد ، فيحتاج إلى حياته ، فاشترط بقاؤه .

عقد الفضولى بالنسبة لطرفيه : عرفنا أن عقد الفضولى غير لازم بالنسبة لمن عقد لأجله ، فله الحق فى إمضائه أو إبطاله ، وكذلك بالنسبة للعاقد الثانى الذى تولى العقد مع الفضولى فله الحق فى فسخه قبل إجازة الطرف الآخر المعقود له ، لأنه عقد لم يتم ، بل صدر منه موقوفا على رضا الآخر ؛ وهو لم يوجد بعد .

وأما الفضولى . فله حق الفسخ أيضاً قبل الإجازة ، ولكن فى العقود التى ترجع حقوقها إليه لو أصبح وكيلا بالإجازة ، مثل عقود المعارضات المالية ، وليس له هذا الحق فى العقود التى يكون فيها سفير ومعبر فقط ، كالزواج .

وسبب هذه التفرقة أن الإجازة فى النوع الأول يترتب عليها إلزامه بحقوق العقد وقد يلحقه ضرر من ذلك ، فتفادياً من لحوق الضرر أبيح له فسخ هذه العقود بخلاف النوع الثانى ، لأنه لا يلتزم بشىء بعد الإجازة ، بل حقوق العقد ترجع إلى صاحب الشأن فيه . فلاضرر يلحقه من نفاذه .

فلو زوج فضولى امرأة لشخص من غير أن توكله فإنه لا يملك فسخ العقد قبل إجازة المرأة .

الفضولى فى نظر القانون أما التشريع الوضعى فقد عرض لأحكام الفضالة والفضولى فى عشر مواد من القانون المدنى الجديد . من المادة ١٨٨ - ١٩٧ .

فالمادة — ١٨٨ — تقول : الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك » .

والمواد التى بعدها تتكلم عن أحكامها التى منها . أن إقرار رب العمل ما قام به الفضولى يجعل الفضولى وكيلا ، والفضالة وكالة ، وأن رب العمل إذا نهى الفضولى عن التدخل فى شئونه لا يكون فضوليا ، وأن الفضولى ملزم بالمضى

في العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، وأن الفضولى يجب عليه أن يبذل عنايته فى القيام بهذا العمل ، ويكون مسئولا عن خطئه . وغير ذلك من الأحكام .

والذى يؤخذ من ذلك بوجه عام أن القانون جعل للفضالة مرتبة لا تقل فى نظره عن مرتبة الوكالة ، حتى أن الشراح توسعوا فى شرح أحكامها .

فالدكتور السنهورى فى وسيطه (١) يعقد لها مبحثاً طويلا يقول فى أوله :

وأركان الفضالة ثلاثة :

١ — أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لشخص آخر ، وهو الركن المادى :

٢ — أن يقصد من قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل ، وهذا هو الركن المعنوى .

٣ — ألا يكون إزاء هذا الشأن العاجل ملتزماً به ولا موكلا فيه ولا منهياً عنه . وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانونى .

٥ — حكم العقد وتقسيماته

حكم العقد كلمة تختلف إطلاقاتها فى نظر الشرعيين . فمرة يريدون منهاما للعقد من آثار تترتب عليه شرعاً . كما في قولهم . حكم عقد البيع ثبوت ملكية المبيع للمشترى وملكية الثمن للبائع . وحكم الإجارة . إنها تفيد ملك المنفعة للمستأجر وملك الأجرة للمؤجر . وحكم عقد الزواج . إفادته ملك المتعة لكل من الزوجين بالآخر : وحكم الرهن . حبس المرهون عند المرتهن حتى يستوفى دينه والإعارة تفيد ملك المستعير الانتفاع بالعارية مجاناً لا فى نظير عوض وهكذا بقية العقود . . .

---

(١) راجع ص ١٣٠ وما بعدها .

وأحياناً يريدون بحكم العقد ما له من صفات ثابتة له نتيجة شرعيته، أو عدم شرعيته، كقولهم: هذا عقد صحيح أو باطل، أو نتيجة ما للعقد المشروع من قوة تقتضى ترتب آثاره عليه فى الحال، أو لا تقتضى ذلك، فيقال: هذا عقد نافذ، وذاك عقد موقوف، أو ماله من قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما، أو غير ملزمة لواحد منهما. كما يقال: عقد الزواج عقد لازم للطرفين بعد تمامه لا يملك أحدهما فسخه، وأن البيع الخالى من شرط الخيار لازم للمتبايعين لا يملك أحدهما فسخه بدون رضا الآخر.

وأن عقد الرهن لازم من جانب الراهن دون المرتهن، على معنى أن للمرتهن فسخه متى أراد، وليس للراهن ذلك، وأن عقد الإعارة غير لازم لواحد من المتعاقدين فللمعير أن يرجع فى إعارته، ويسترد الشيء المعار فى أى وقت يريد كما أن للمستعير أن يفعل ذلك متى شاء.

تقسيمات العقد

ينقسم العقد عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، وإليك بعض هذه التقسيمات:

التقسيم الأول: باعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه وعدم ذلك ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى صحيح وغير صحيح.

وهذا التقسيم متفق عليه بين الفقهاء. فقد اتفقت كلمتهم على أن من العقود عقوداً يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها، وهى العقود التى سلمت أركانها وأوصافها من الخلل، ولم يرد من الشارع منع لها، وتسمى صحيحة، ومنها عقود أخرى تخالف سابقتها فى حكمها، وهى العقود التى أصابها خلل فى ركن من أركانها، أو وصف من أوصافها، وورد من الشارع نهى عنها، وهذه

تسمى بالعقود غير الصحيحة بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا فيها . أتعتبر كلها فى درجة واحدة ، وتأخذ حكماً واحداً ، أم تتفاوت درجاتها ؟ .

فالحنفية يذهبون إلى أن العقد غير الصحيح يتنوع إلى نوعين. فاسد وباطل حسب تنوع موضع الخلل فيه ، فإن كان فى ركن من أركانه كان باطلا وإن كان فى وصف من أوصافه سمى فاسداً .

وذهب غير الحنفية إلى أن العقد غير الصحيح لا يتنوع ، بل هو نوع واحد، يسمى فاسداً ، أو باطلا على حد سواء .

وهذا الخلاف يرجع إلى أنه وردت نصوص بالنهى عن بعض العقود . منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الغرر ، كما نهى عن بيع فضل الماء إلا ما حمل منه ، ونهى عن بيع الميتة والخمر والخنزير » ، كما نهى عن بيعتين فى بيعة وغير ذلك من النصوص .

والناظر فى هذه الأحاديث يجد النهى فى بعضها راجعاً إلى ما فى أحد الأركان من الخلل ، كما فى النهى عن بيع الخمر والخنزير والسمك فى الماء فإن هذه الأشياء ليست من الأموال المتقومة ، وفى بعضها الآخر يجده راجعاً الى وصف ملازم للعقد، كما فى النهى عن بيع الغرر ، أو بيعتين فى بيعة .

ومن هذا اختلف الفقهاء فى أثر هذا النهى .

فذهب الجمهور إلى أن النهى مطلقاً يقتضى عدم وجود العقد شرعا . سواء كان راجعاً إلى أصل العقد « أركانه ومحله » ، أو راجعاً إلى وصف ملازم له ، فالعقد الذى اختل فيه شرط من شروطه أو وصف من أوصافه يتساوى مع العقد الذى اختل فيه ركن من أركانه ، فإذا ما وقع عقد من هذا النوع وقع

باطلا لا يترتب عليه أى أثر من الآثار ، لأن نهى الشارع عنه يجعله غير مشروع والنهى الوارد لأجل الوصف يتعداه إلى الموصوف .

وخالف الحنفية فى هذا ، وقالوا : إن النهى إن كان راجعاً إلى أصل العقد بأن كان الخلل فى العاقد ، أو فى المحل أو الصيغة اقتضى بطلان العقد ، فلم يكن له وجود شرعا ، ولا يترتب عليه أى أثر من الآثار ، وإن كان النهى لوصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذا الوصف فقط ، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه صدر من أهله فى محله ، فيكون العقد فاسداً .

فالعقد الفاسد موجود وصحيح بأصله ، والنهى مسلط على الوصف فقط ، فلوجود الأصل ترتب عليه بعض آثاره ، فيثبت الملك إذا قبض كل من المتعاقدين فسخه ، فإن فعلا ذلك فيها ، وإلا وجب على القاضى فسخه ؛ وعلى هذا تعرف هذه الأنواع عندهم بما يلى :

العقد الصحيح : هو ما كان صالحاً لترتب الآثار عليه ، أو — كما يقولون — ما كان مشروعاً بأصله ووصفه . يعنون بذلك أنه سليم من الخلل فى أركانه وأوصافه . ويتحقق فيه ذلك إذا صدر ممن هو أهل للتعاقد ، وهو المميز ، وكان محله قابلا لحكم العقد شرعاً . ولم يرد من الشارع نهى عنه يجعله معيباً ؛

فمتى تحققت فى العقد مقوماته ، وتوفرت له شروطه كان سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه ، ووسم حينئذ بأنه عقد سليم . أما إذا وقع خلل فى أحد الأمرين كأن كان أحد العاقدين ، أو كلاهما فاقد الأهلية ، أو كانا ممن كملت أهليته ، ولكن كلاميهما لم يتلاقيا على شىء واحد ، أو تلاقيا ولكن محل العقد غير صالح لحكمه ، كما إذا وقع البيع على مال كالميتة ، أو على مال غير متقوم كالمباح ، أو على متقوم ولكن الثمن ليس بمال متقوم ، كبيع المسلم بالخمر ، أو كان المبيع مجهولا جهالة تؤدى إلى النزاع مثل بيع ثوب من غير بيان نوعه ووصفه .

فى هذه الصور وما شابهها يكون العقد غير صحيح ، إما لعدم وجود عقد أصلا ، أو وجوده معيباً .

والعقد الباطل : هو ما كان مختلا ، والخلل راجع إلى أمر أساسى فيه ، كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية ، كالمجنون أو الصبى غير المميز ، أو تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد ، والخلل بهذه الصورة مانع من انعقاد العقد ، فالباطل غير منعقد ، ولا وجود له شرعاً .

ولذلك يقولون فى تعريفه : هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، على معنى أن الشارع لا يعتبره موجوداً وإن كانت صورته موجودة فى الخارج محسوسة فلا يترتب عليه أى أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح(1) .

والعقد الفاسد : هو ما كان مختلا والخلل راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة ، وهذا الخلل لا يمنع انعقاده ، لأن الصيغة صدرت ممن هو أهل لها ، والمحل قابل لحكمها شرعا ، ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه ، كما إذا تبايع عاقلان مالا متقوماً بثمن مؤجل إلى أجل مجهول يؤدى إلى النزاع ، أو جعلا الثمن خمراً أو باع أحدهما مالا غير معين كثوب أو سيارة مثلا أو باع بقرة على أنها حامل ، وهكذا كل عقد فيه جهالة تفضى الى النزاع الذى لا يمكن فصله ، أو فيه غرر . أى تغرير بأمر موهوم غير موثوق به .

ومن هذا نرى أن العقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل ، فهو يشبه

---

(1) يستثنى من ذلك عقد الزواج الباطل إذا أعقبه دخول فانه يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، وهو وجوب المهر ، لأن الدخول بالمرأة لا يخلو شرعا من حد أو مهر . ووجوب العدة من وقت المفارقة ، وثبوت نسب ما يجىء منه من أولاد .

الأول من جهة سلامة مقوماته وانعقاده ، ويشبه الثانى من ناحية ما فيه من خلل ، وأن الشارع نهى عنه .

ولذلك أثبتوا له أمرين :

الأول : أنه يترتب عليه آثاره فى بعض صوره اذا اتصل به القبض . فالمشترى شراء فاسداً اذا قبض المبيع بإذن بائعه ، أو فى مجلس العقد ملكه نظراً لأصل انعقاده .

الثانى : أنه مطلوب فسخه من المتعاقدين ، أو من القاضى اذا علم بذلك نظراً لما فيه من الفساد والنهى عنه ، ولكن وجوب الفسخ يثبت بشرطين :

أحدهما : بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض ، فلو تغير شكله بأن كان غزلا فنسجه المشترى بعد قبضه ، أو كان قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فخبزه أو هلك أو استهلك ، فإنه يمتنع الرد وان كان الإثم باقياً .

ثانيهما : عدم تعلق حق للغير به ، فلو باعه المشترى لآخر بيعاً صحيحاً أو وهبه ، أو تصدق به وقبضه الموهوب له ، أو المتصدق عليه ، أو وقفه أو رهنه امتنع عليه الرد فى هذه الصورة وأمثالها(١) .

---

(١) ومرتبة الفساد فى العقود لا نظير لها فى القوانين الوضعية ، لأنها جعلت للعقود مراتب ثلاثة . الصحة وهى تقابل الصحة فى الفقه الإسلامى على اختلاف فى بعض التفاصيل ، والبطلان المطلق وهو بعينه البطلان فى الفقه الإسلامى .

والبطلان النسبي وهو فى بعض صوره من قبيل العقد الموقوف ، وفى بعضها الآخر من قبيل العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى ، لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يبقى =

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل عند الحنفية لا يسرى على جميع العقود ، بل فى طائفة منها فقط ، وهى العقود الناقلة للملكية ، أو العقود المالية التى توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين ، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والرهن والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة ، وأما العقود غير المالية ، كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح ، والعقود المالية التى ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع ، ومثلها العبادات ، والتصرفات المنفردة ، كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار وما شاكلها . كل هذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل .

وأما الجمهور الذين قسموا العقد إلى صحيح وغير صحيح « فاسد أو باطل على حد سواء » ، فعرفوا العقد الصحيح : بأنه ما كان مستوفياً لأركانه وشرائطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية بمجرد تمامه .

= صحيحاً إلى أن يقضى القاضى بإبطاله بناء على طلب الشخص الذى لم يكن رضاه بالعقد تاماً ، كمن دلس عليه فى البيع مثلا .

وهذا العقد كما أنه قابل للابطال من أحد الطرفين الذى وقع عليه الضرر قابل للاجازة منه أيضاً ، فإذا أجازه ولو كانت الإجازة ضمنية سقط حقه فى الإبطال ، وليس للقاضى أن يبطله من تلقاء نفسه من غير طلب صاحبه .

ومن هنا يتبين أن تسميته بالباطل تسمية متساهل فيها على الأقل إن لم تكن غير صحيحة .

وأما العقد الفاسد فى الفقه الإسلامى فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر إلا فى بعض صور قليلة — كما بيناه — ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ، وكذلك يجب على القاضى فسخه بمجرد علمه من غير طلب من أحد المتعاقدين ، ولا يملك أحدهما إجازته ، وإذا ثبت حكمه فى بعض الصور يثبت بالقيمة لا بالثمن المسمى فى العقد ..

وغير الصحيح ما ليس كذلك .

وعلى هذا تكون عقود الصبي المميز والفضولي والسفيه فيما حجر عليه فيه غير صحيحة ، لأن العقد لا تترتب عليه آثاره إلا إذا كان صادراً ممن له ولاية إصداره ، وهؤلاء لا ولاية لهم على إنشاء تلك العقود ، فتقع عقودهم غير صحيحة فلا تنفع إجازة الولي أو الوصي .

وقد قدمنا في بحث الفضولي : أن المالكية يقولون بصحة عقده ، وأنه موقوف على إجازة صاحب الشأن فيه ، وحينئذ يكون معنى الصحيح عندهم قريباً من معناه عند الحنفية ، وهو كونه سبباً صالحاً لترتب آثاره عليه ولا يفترقان إلا في أن دائرة الصلاحية عند الحنفية أوسع منها عند المالكية .

هذا هو حكم العقد المنهي عنه لأمر أساسي فيه أو لوصف لازم له ، فإن كان النهي لوصف غير لازم ، وهو ما يعبر عنه بالأمر المجاور المنهي عنه ، فبعض الفقهاء يرى أنه يقتضي عدم المشروعية ، ويكون غير صحيح نظراً لظاهر النهي ، والجمهور منهم يذهبون إلى أنه صحيح فيه كراهة فقط لأجل النهي ، وأمثلة ذلك كثيرة .

منها البيع وقت الأذان يوم الجمعة للآية « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » ، فإن هذه الآية تأمرنا بترك البيع وقت النداء في هذا اليوم ، وهذا النهي ليس لذات البيع ، ولا لوصف لازم له ، ولكن لأمر يصاحبه ، وهو أن الاشتغال به قد يؤدي إلى ترك إجابة النداء ، وليس بلازم ، لأنه قد يبيع ولا يترك الإجابة ، كما إذا تبايعا وهما ذاهبان إلى الصلاة ، وقد يترك الإجابة من غير أن يشتغل بالبيع .

ومن ذلك « النّجش » وهو أن يساوم الشخص في السلعة بالزيادة في ثمنها

أمام الغير متظاهراً بأنه يشترى لكى يغرر بذلك الغير ، فالتغرير ليس لازماً لهذه المساومة ، بل قد يوجد معها ، وقد لا يوجد فيما إذا لم يتم الشراء مثلا .

ومنه « تلقى الجلب » وهو أن يبادر بعض التجار لتلقى الجالبين للتجارة فيشترى ما معهم ، ثم يبيع لأهل البلدة حسبما يحلو له ، وبالسعر الذى يريده ، وهذا مكروه ، لأنه قد يلبس السعر على الجالبين ، فيشترى بسعر أرخص ، وقد يضر بأهل البلدة ، لأنه نوع من الاحتكار ، ولذلك لم يكن مكروها فى كل صوره ، بل فيما إذا ألحق الضرر بغيره .

أقسام العقد الصحيح : قدمنا أن العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب الآثار عليه . بأن يكون صادراً من أهله فى محل صالح لحكمه ، وسالماً من الخلل فى أركانه وأوصافه عند فريق من الفقهاء . وعند آخرين : هو ما سلم من العيوب وترتبت عليه آثاره ، فعند الفريق الأول ينقسم إلى نافذ وموقوف .

فالنافذ : هو ما صدر عن شخص يتمتع بالأهلية ، وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية ، كالعقد الذى يعقده العاقل الرشيد لنفسه فى ماله ، أو يعقده الوصى أو الولى للقاصر ، أو يعقده من وكله غيره توكيلا صحيحاً .

وحكم هذا العقد . أنه تترتب عليه آثاره من غير توقف على إجازة أحد ، سواء كان ترتيب الآثار عليه فور صدوره ، كما فى العقد المنجز ، أو بعد فترة من الزمن ، كما فى العقد المضاف الى زمن مستقبل ، فإنه نافذ تترتب عليه آثاره عند مجىء الوقت الذى أضيف اليه .

الموقوف : هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له

ولاية إصداره . كالعقد الذى يصدر من الفضولى ، أو من الصبي المميز ومن فى حكمه إذا كان من العقود التى لابد فيها من رأى وليه أو وصيه .

وحكم هذا العقد. أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من يملك إصداره إجازة صحيحة ، فإن لم توجد هذه الإجازة بطل العقد ، وكأنه لم يكن .

وهذا التقسيم متفق عليه بين الحنفية والمالكية لما عرفت أنهم يصححون عقد الفضولى، وإن كانت دائرة الموقوف عندالحنفية أوسع منها عند المالكية.

وأما الشافعية ومن وافقهم فلا يكون العقد الصحيح عندهم إلا نافذاً ؛ لأنهم جعلوا من شروط انعقاده ، أن يكون للعاقد ولاية إنشائه وإصداره ، فليس عندهم عقد صحيح موقوف .

أقسام العقد النافذ : ثم إن العقد النافذ ينقسم إلى عقد لازم ، وآخر غير لازم .

فالعقد اللازم : هو العقد الصحيح النافذ الذى لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله والتحلل منه .

وهذا النوع منه ماهو لازم لطرفيه ، ولا يقبل الفسخ بحال من الأحوال حتى ولو اتفق المتعاقدان على ذلك ، لأن طبيعته تقتضى هذا اللزوم ولا تقبل الفسخ كالخلع والطلاق على مال ، فإن المرأة تدفع المال للزوج نظير تخليصها ، فإذا تم الخلع أو الطلاق فى نظير المال لا يملك أحد من المتعاقدين أن يفسخ هذا العقد ويرفعه ، ولا يملك المتعاقدان أن يفعلا ذلك باتفاقهما ، ومثلهما فى ذلك عقد الزواج ، فإنه بعد تمامه تترتب آثاره عليه ، ويلزم كلا من الزوجين ، فلا يملكان الاتفاق على فسخه ورفعه ، لأن معنى فسخ العقد رفعه من أساسه كأن لم يكن ، فلا يبقى من آثاره شىء كما فى اقالة البيع ، وما يملكه

الزوج من الطلاق لايعتبر فسخاً للعقد ، بل هو انهاء له فقط . بدليل بقاء بعض آثار الزواج من وجوب النفقة ولزوم المهر .

وهذا إذا حملنا لفظة الفسخ فى التعريف على معناها المتبادر منها ، وهو الغاء العقد ورفعه من أساسه ، أما إذا توسعنا فى معناها ، وجعلناها أعم من هذا ومن انهاء العقد فإن عقد الزواج لايكون من هذا النوع الذى لا يقبل الفسخ .

ومن اللازم نوع يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك . كعقود المعاوضات من البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح .

وهذا النوع يكون لازماً بمجرد تمام العقد عند من لايقول بخيار المجلس من الفقهاء ، ولايكون لازماً إلا بعد انتهاء المجلس ، أو التخيير من أحد المتعاقدين والاختيار من الآخر عند من يقول بخيار المجلس ، وقد سبق تفصيل هذا .

والعقد غير اللازم : أو الجائز — كما يعبر عنه بعض الفقهاء — هو مايستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط أن يتحلل منه ويفسخه بدون توقف على رضا الآخر .

ومن هذا التعريف نجد أن عدم اللزوم قد يكون من الجانبين ، وقد يكون من جانب واحد .

فالأول : كالإيداع . فإن كلا من المودع والمودع له كامل الحرية فى فسخ هذا العقد وإبطاله سواء رضى الآخر أو لم يرض .

والإعارة . فإنه يصح للمعير أن يرجع فى إعارته ، ويسترد الشىء المعار ،

سواء كانت مؤقتة بمدة أولا . وإن كان يلزمه ضمان ماقد يلحق المستعير من الضرر فى العارية المؤقتة بوقت إذا مارجع قبل انتهاء المدة ، كما أنه يجوز المستعير أن يتنازل عن حقه فى الانتفاع ويرد العارية .

والهبة . فإن الواهب له الحق فى الرجوع فى هبته مالم يوجد مانع من الرجوع ، كما هو مفصل فى كتب الفقه ، وكذلك للموهوب له أن يرد الشىء الموهوب للواهب ويبطل هذا العقد .

والوكالة . كذلك لما سبق بيانه الا إذا كانت بأجر ، فإنها تكون اجارة وهى من العقود اللازمة .

وفى الشركة لكل من الشريكين أن يفسخ عقد الشركة متى شاء سواء رضى الآخر أولا ، ولكن العقد لايفسخ الا من تاريخ علم الشريك الآخر . وانما كانت الشركة غير لازمة ، لأنها فى واقع الأمر وكالة ، لأن كل واحد من الشريكين قد وكل الآخر فى التصرف عنه فيما يملك من التصرفات .

وكذلك الوصية . فإنها فى حياة الموصى غير لازمة ، فله أن يرجع عنها متى شاء ، وللموصى له أن يردها ويبطلها بعد وفاة الموصى .

والنوع الثانى : وهو مايكون فيه عدم اللزوم من جانب واحد بمعنى أنه لازم فى حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالرهن ، فإنه بعد تمامه لازم فى حق الراهن ، فليس له أن يفسخه الا برضى المرتهن ، وليس بلازم فى حق المرتهن ، فله أن يفسخه فى أى وقت شاء سواء رضى الراهن أو لم يرض .

والكفالة فإنها لازمة بالنسبة للكفيل ، وليست لازمة المكفول له .

التقسيم الثانى - تنقسم الى عقود مسماة وغير مسماة

تمهيد : العقود مشروعة لتحقيق مصالح الناس ، فهى تتبع حاجاتهم ، فكلما دعت حاجة إلى انشاء عقد من العقود فعلوه .

والملاحظ أن كل التشريعات سواء كانت سماوية أو ، وضعية عند وضعها لنظم التعامل بين الناس تعنى بما تعارفوه وتقره متى كان صالحاً ، وتلغى مالا يتفق مع غايتها المقصودة ثم تضع لكل نوع اسما خاصاً يعرف به تمييزاً له عما سواه ، وهذه العقود تعرف فى الاصطلاح القانونى ، بالعقود المسماة ، أو بالعقود العينية .

ولكن حاجات الناس المتجددة التى لا تنتهى عند حد قد تدعو إلى عقد من العقود لم يرد فى التشريع ذكر صريح له ، فيفعله الناس بدافع الحاجة ، وهنا يصطلح له على اسم خاص .

من ذلك عقد الاستصناع ، وهو التعاقد على صنع شيء معين ، فقد استمر زمناً غير يسير متردداً بين البيع والإجارة ، لأن فيه بيعاً لأصل الشيء ، وفيه إجارة على صنعه واعداده ، حتى اصطلح الفقهاء على تسميته بالاستصناع .

ومثله فى هذا بيع الوفاء ، فقد كان حائراً بين البيع والرهن ، لأنه بيع صورة ورهن فى المعنى .

ومن ذلك التحكير ، وهو إجارة الوقف مدة طويلة من الزمان بدفع مبلغ يقارب قيمة الوقف ليبنى عليه ، وينتفع به مدة طويلة غير معروفة فى الإجارة المعتادة ، ثم يدفع بعد ذلك أجرة ضئيلة تشبه مايسمى فى العرف

الحديث « بالإيجار الإسمى » ، ويترتب على هذا العقد وراثة هذا الحق ، ومثله لا يكون فى الإجارة .

وموقف الفقهاء إزاء هذه العقود الجديدة بعد وضع الأسماء لها هو تخريج أحكامها على ضوء النصوص الشرعية ، والقواعد العامة ، ولذلك نجد هذا النوع مثار خلاف غالباً .

بعد هذا التمهيد نقول : إن العقود تنقسم إلى نوعين ، عقود مسماة ، وعقود غير مسماة .

فالنوع الأول : هو ما وضع له اسم خاص ، وتكفل التشريع ببيان أحكامه كالبيع والإقالة والإجارة ، والرهن ، والكفالة والحوالة والهبة ، والإعارة والقرض والشركة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والقسمة ، والوكالة والصلح ، والمخارجة والنكاح ، والوصية ، والإيصاء .

على أن من هذه العقود ما يتنوع إلى أنواع ، كالبيع فإن منه السلم والصرف ، والمقايضة ، والبيع المعروف .

النوع الثانى : وهو العقود التى ليس لها اسم خاص ، وهى غير منحصرة ، ولا تقف عند حد ، ولكنها إذا اصطلح لها على اسم خاص انتقلت إلى قسم العقود المسماة كما قلنا فى الاستصناع ، وبيع الوفاء والتحكير ، وبيع الاستجرار وهو الذى يعرف اليوم « بالحساب الجارى » .

هذا والفقه الإسلامى لم يقف جامداً إزاء التعامل فى خلقة العقود المسماة ، بل ورد فى مصدره الأول الأمر العام بالوفاء بالعقود . « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

ولقد أقر الفقهاء كثيراً من العقود التى لم يرد بها نص خاص ، ولكنهم

كانوا مقيدين بما يتفق ومبادىء الشريعة، فما جاء من هذه العقود مخالفاً للنصوص، أو القواعد الشرعية منعوه وحكموا عليه بالإبطال.

وهنا نلفت النظر إلى ما يثيره بعض الناس من حين لآخر تجاه الفقه الاسلامى فهم يرمونه بالجمود، وعدم تطوره مع الزمن، وحجتهم فى ذلك. أنه وقف جامداً أمام ما يتجدد من عقود ومعاملات لا غنى الناس عنها، ويعنون بذلك العقود الربوية التى أقرتها القوانين الحديثة، وتعامل بها الناس.

ونحن إزاء هذه الفرية الظالمة نقول لهم: لم يكن الفقه جامداً فى يوم من الأيام، ولا وقت حجر عثرة فى سبيل التقدم، وكيف ينسب إليه ذلك مع أنه أقر كثيراً من تلك العقود الجديدة التى لم تكن فى العهد الأول حين نزول القرآن وكونه رفض نوعاً أو أنواعاً من هذه العقود، لم يرفضها لمجرد الرفض، أو لأنه يأبى كل جديد، بل رفضها لأنها تخالف مبادئه العامة، وقواعده الكلية وهو فى ذلك لم يأت بدعاً، بل شأنه فى ذلك شأن القوانين الوضعية، فهى لا تقر كل ما يحدثه الناس من عقود على الاطلاق، بل قيدت ذلك بعدم مخالفتها للقوانين، أو النظام العام.

وإليك ما يقوله الدكتور السنهورى فى هذا الموضع:

والعقد المسمى: هو ما خصصه القانون باسم معين، وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس فى تعاملهم، والعقد غير المسمى: وهو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه، فيخضع فى تكوينه وفى الآثار التى تترتب عليه للقواعد العامة التى تقررت لجميع العقود. شأنه فى ذلك شأن العقد المسمى، ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، وذلك مثل عقد النشر، وعقد التوريد، وعقد البواب، وعقد النزول فى الفندق وعقد الاعلان وغير ذلك.

والعقود غير المسماة تصبح عقوداً مسماة حينما تشتهر ويصبح الناس فى حاجة ملحة لها فتنظمها القوانين ، ولا تزال العقود تتجدد فى كل يوم .

ثم قال: إن العقد غير المسمى يدل بوجه خاص على أن القانون المكتوب يسير وراء الحقائق الواقعة ، ولا يتقدم عليها . بمعنى أن النظم القانونية إنما ترجع فى أصولها الأولى ليس إلى هوى الفقهاء والمشرعين ، بل إلى ما يبتدعه أولوا المصلحة وما يسيرون عليه من تنظيم علاقاتهم بعضهم ببعض حتى لينبغى أن نقول : إن هذه النظم القانونية تستمد أحكامها من العادة قبل أن تمتد إليها يد التشريع .

إلى أن قال : إن العقد غير المسمى هو أوكد الدلائل على أن الحياة القانونية لم تصب فى قوالب جامدة لا تقبل التغيير ، وأنها على الضد من ذلك فى حركة دائمة ، وتطور مستمر حتى من الناحية الفنية ، فمن ثنايا عقد البيع خرج عقد التوريد، ومن عقد القرض اشتق عقد فتح الاعتماد ، وعقد الخصم وكلما ازداد نمو الحياة الاقتصادية وجدت صور جديدة من العقود .

ومع اعتبار كل القوانين للعقود غير المسماة إلا أنها جعلتها خاضعة للأحكام العامة فى العقود ، ولذلك يقول المشرعون : إن الأفراد أحرار فى أن ينشئوا من العقود ما يشاؤون بشرط عدم مخالفة القانون أو النظام العام » .

بعد أن عرفنا موقف الفقه الإسلامى إزاء العقود غير المسماة، وأنه لا يختلف — فى جملته — عن موقف القوانين الوضعية . يحسن أن نشير إلى مذاهب الفقهاء فى هذا الموضوع فنقول :

إن الفقهاء المسلمين — مع اتفاقهم على أن العقود غير المسماة لا تقبل إلا

إذا وافقت الأصول الشرعية — مختلفون فى مدى حرية العاقدين فى إنشاء هذه العقود .

فبينما نجد فريقاً — كالظاهرية — لا يعترفون بأى عقد إلا إذا جاء فيه بخصوصه دليل من نص أو إجماع ، لانحصار الأدلة عندهم فى هذين ، إذ بنا نجد فريقاً آخر على العكس من ذلك كالحنابلة — يذهب إلى إباحة كل عقد مالم يرد بخصوصه نص يمنعه ، أو يخالف القواعد العامة القطعية ، وهذا المذهب يبيح لكل عاقد أن ينشىء من العقود مايشاء غير مقيد إلا بقيد واحد ، وهو أن يكون بعيداً عن معارضة كتاب الله ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

وبين هذين الرأيين نرى جمهور الفقهاء يذهبون مذهباً وسطاً ، وهو أن العاقد له الحرية فى إنشاء العقود الجديدة ، ولكن فى نطاق الأدلة المعروفة . القياس والعرف، والمصالح المرسلة وغيرها من الأدلة التى يستند إليها بعد النص والإجماع ، والمذاهب مختلفة تبعاً لاختلافهم فى العمل بهذه الأدلة .

ونحن إذا ما أمعنا النظر فى هذين المذهبين ، مذهب الجمهور ، ومذهب الحنابلة لانجد بينهما فرقا كبيراً ، بل تكاد تنحصر دائرة الخلاف بينهما فى دائرة ضيقة ، لأن العرف والمصالح المرسلة يعمل بهما فيما لم يوجد فيه نص مخالف ، فيكون الخلاف بين المذهبين فى العقود التى فيها مصالح فردية ، فإنها تصح عند الحنابلة ولا تصح عند الجمهور لعدم العرف ، ولعدم توفر شرط العمل بالمصالح ، وهو العموم ، لكن إذا وجد فيها قياس صحت ، ولعلها لاتعدم قياساً .

ونحن لايعنينا هنا تفصيل هذه المذاهب ، وذكر أدلتها ومناقشتها ، بل نقولها كلمة مجملة : وهى أن ما استند إليه فقهاء الظاهرية من الأدلة على المنع لايثبت مدعاهم فضلا عن أنها تبطل ما ذهب إليه مخالفوهم ، فحديث « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » الذى يعتبر أساس استدلالهم يفيد أن كل عقد يخالف الأدلة

الشرعية غير صحيح ، والأدلة لم تنحصر فى النص والإجماع ، بل هناك أدلة أخرى عمل بها المجتهدون بعد عصر النبوة ، كالمصلحة والعرف والقياس ، ويبقى بعد ذلك نصوص فى كتاب الله وسنة رسوله توجب الوفاء بالعقود كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » يؤكد ذلك ، وأى فرق بين مبدأ الشروط ، ومبدأ العقود ؟ . لا فرق بينهما ، لأن كلا منهما ينشىء التزاماً لم يكن موجوداً قبله .

وعلى هذا يكون الرأى الراجح رأى جمهور الفقهاء وهو أن كل عقد جديد يؤيده قياس ، أو عرف . أو دعت إليه حاجة من غير أن يكون مخالفاً لما فى كتاب الله وسنة رسوله حلال مباح، بل أن مبدأ الاستحسان — الذى يرجع فى حقيقته إلى الاستثناء من القواعد العامة التى يلزم من تطبيقها حرج للناس — يبيح لنا أنواعاً من العقود غير ما تقدم تحت عنون المصلحة .

فأى سماحة بعد سماحة الفقه الإسلامى ، وأى تيسير أوسع من هذا التيسير ؟ وفى هذا يقول الإمام ابن تيمية فى فتاويه : « إننا إن حرمنا ما يجرى بين الناس فى المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع كنا قد حرمنا مالم يحرمه الله » .

التقسيم الثالث

باعتبار آثارها والأغراض التى تقصد منها

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى مجموعات عديدة، كل مجموعة منها تهدف إلى غرض

معين ، وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض ، ويترتب عليه آثار ، لذلك يدخل فى عدة مجموعات باعتبارات مختلفة .

فمثلا عقد البيع الغرض منه على سبيل التبادل والمعاوضة ، وإذا انتقل فيه أحد البدلين من يد إلى يد كان مضمونا على من انتقل إليه ، فلهذا يعد تارة من عقود التمليكات فى مقابلة الإسقاطات ، وأخرى يعد من عقود المعاوضات فى مقابلة التبرعات، وثالثة يعد من عقود الضمان ، على معنى أن البدلين بعد انتقالها من يد إلى أخرى يكونان مضمونين ، وهذا فى مقابله عقود الأمانة ، وهى التى يكون المال المقبوض فى تنفيذها أمانة فى يد من قبضه ، كما فى عقد الإيداع، فإن المال فى يد المودع أمانة لحساب المودع، فلا يكون مضمونا عليه إذا هلك من غير تعد ولا تفريط منه

ونحن لو استقصينا سائر العقود لحصر أغراضها المنوعة لطال بنا الكلام ، ولكننا سنقتصر على الأغراض العامة ، وهنا نجد العقود ، إما أن تكون غايتها التمليك ، أو الإسقاط ، أو الاشتراك ، أو التفويض والإطلاق ، أو التقييد ، أو التوثيق والتأمين ، أو الحفظ ، فهذه أغراض سبعة تتنوع العقود تبعاً لها إلى مجموعات سبع :

١ — عقود التمليكات : وهى ما يكون المقصود منها التمليك . سواء كان التمليك لأعيان المال أو لمنافعها ، وهذا التمليك قد يكون بعوض ، وقد يكون مجانا ، فانقسمت هذه المجموعة إلى مجموعتين بل ثلاثة :

(ا) المعاوضات : وهى التى تقوم على أساس تبادل الالتزامات المتقابلة بين العاقدين كالبيع والإجارة والصلح عن دعوى المال بالمال ، والقسمة للأموال الشائعة ، والزواج والمضاربة والمساقاة والمزارعة والاستصناع ، فإن هذه وأمثالها فيها معاوضة ومبادلة من طرفى العقد .

(ب) التبرعات : وهى التى تقوم على أساس المعونة والمساعدة من أحد

الطرفين للآخر من غير مقابل ، ومن هذا النوع الهبة والأعارة والصدقة والوصية والكفالة من غير أمر المدين والحوالة كذلك .

(ح) عقود هى تبرعات فى ابتدائها . كالقرض، والهبة بشرط المعاوضة، والكفالة بأمر المدين ؛ فان المقرض متبرع عند الإقراض ، ولكنه عند رجوعه على المقترض بمثل ما أخذه يكون معاوضة لأنه يأخذ عوض ما دفعه.

وكذلك الكفيل عند ما يلتزم بالدين الذى على المدين يكون متبرعا بهذا الالتزام ،فإذا دفع الدين ورجع على المدين بمثل ما دفعه يؤول إلى المعاوضة .

والهبة بشرط العوض اعتبرها بعض الفقهاء معاوضة فى المبدأ ، وآخرون يجعلونها من هذا النوع ، فنظراً للفظ الهبة تكون تبرعا فى المبدأ ، ونظرا لاشتراط المعاوضة تكون معاوضة فى نهايتها ، ولا شك أن الأحكام تختلف تبعاً لهذا الاختلاف ، فمن جعلها معاوضة ابتداء شرط فيها ما يشترط فى البيع، وأن الملك يتم بمجرد العقد ، ومن جعلها تبرعا فى الابتداء لاحظ فيها توفر شروط الهبة ، وقال : إن الملك فيها لا يتم إلا بالقبض .

٢ — الإسقاطات : وهى ما يكون المقصود منها إسقاط حق من الحقوق سواء كان ذلك فى نظير بدل ، أولا فى نظير شىء ، ومن هنا تنوعت الاسقاطات إلى نوعين .

(١) إسقاطات خالصة ، كالطلاق المجرد عن المال ، والاعتاق كذلك ، والعفو عن القصاص من غير بدل ، والتنازل عن حق الشفعة مجانا ، وإبراء الدائن المدين من دينه .

(ب) إسقاطات فيها معنى المعاوضة ، كالطلاق فى نظير مال تدفعه الزوجة ، والإعتاق فى نظير مال يدفعه المعتق، والعفو عن القصاص فى نظير مال يدفعه القاتل.

٣ — عقود المشاركة : وهى التى يكون المقصود منها الاشتراك فى نماء المال أو ما يخرج من العمل ، ومنه عقود الشركة بأنواعها ، والمزارعة والمساقاة والمضاربة وهى أن يدفع شخص لآخر مبلغا من المال ليتجر فيه على أن يشتركا فى الربح والخسارة ،

٤ — عقود التفويض والاطلاق : وهى التى يفوض فيها شخص أو أشخاص لآخر فى أن يقوم بعمل ما ، ويطلق يده فى التصرف بعد أن كان ممنوعا منه .

ومن هذا النوع الوكالة ، فإن الموكل يفوض الوكيل ، وينيبه عنه ، ويطلق يده فى التصرف الموكل فيه .

وعقد الإيصاء ، وهو أن يعهد شخص لآخر فى أن يتولى شئون أولاده القاصرين بعد وفاته ، فهو بهذا قد فوض إليه التصرف ، وأطلق يده فى أمر كان ممنوعا منه ، ومنه أيضاً الإذن للمحجور عليه فى التصرف ، والإذن للصغير المميز بالتجارة ، ومنه أيضاً تولية الولاة والقضاة .

٥ — التقييدات : وهى التى يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحا له ، وذلك كعزل الأوصياء ونظار الوقف والولاة والقضاة والوكيل ، ومنع المحجور عليه والصبى من التصرف بعد الإذن لهما فيه ، فإن هذه الأمور كلها فيها منع وتقييد بعد إطلاق سابق .

٦ — عقود التوثيقات والتأمينات : وهى التى يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه قبل المدين ، ومن هذا النوع الكفالة والحوالة والرهن .

٧ — عقود الحفظ : وهى التى يقصد منها حفظ المال فقط ، كعقد الإيداع ، فإن المودع يضع ماله عند المودع ليحفظه ، ولا شىء غير الحفظ .

التقسيم الرابع

تنقسم العقود إلى عقود عينية ، وعقود غير عينية :

فالعقود العينية : هى التى لا يكفى لترتب آثار العقد عليه فيها مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها ، لأن تمام الالتزام فيها يتوقف على قبض العين، وهذه العقود هى :

الهبة ، والصدقة ، والإعارة ، والإيداع ، والرهن ، والقرض .

فهذه العقود قبل تحقق القبض فيها لا يظهر لها أثر ، وإن كان فى بعضها خلاف بين الفقهاء .

ونحن إذا نظرنا إليها نجدها كلها من عقود التبرع ما عدا الرهن ، والتبرع إحسان فلابد له من شىء يؤكده ، فقبل القبض يكون عرضة للرجوع عنه ، وأما الرهن فإنه شرع موصوفاً بالقبض فى قوله تعالى « فرهان مقبوضة » .

والعقود غير العينيه : هى التى لا يتوقف تمامها وترتب الآثار عليها على شىء غير الصيغة . فهى تتم بمجرد الصيغة السليمه من العيوب ، وهذا النوع يشمل سائر العقود ما عدا العقود الستة السابقة .

ثم إن الفقهاء مختلفون فيما يتحقق به القبض فى النوع الأول ، فمنهم من ذهب إلى أنه يتحقق بالتخلية بينه وبين من يكون منه القبض بحيث يتمكن من تسلمه والاستيلاء عليه ، وهذا إنما يكون برفع الموانع .

ومنهم من يذهب إلى أنه لابد من القبض الحسى باليد فيما يمكن فيه ذلك كالمنقولات ، وأما مالا يمكن فيه هذا فيكفى فيه التخلية ، ويرجع فى ذلك كله إلى العرف .

التقسيم الخامس

باعتبار اتصال آثار العقد به وقت إنشائه وعدم اتصاله به

ينقسم العقد بهذا الاعتبار الى ثلاثة أنواع ، منجز ، ومضاف ، ومعلق .

فالعقد المنجز : هو الذى تكون صيغته دالة على انشائه وامضائه من حين صدوره ما لم يوجد أمر آخر يمنع من ترتب الحكم عليها ، وهذا لا يكون إلا إذا كانت الصيغة خالية من الإضافة إلى زمن مستقبل ، ولم تعلق على وجود شيء سيوجد فى المستقبل كذلك ، وإن كانت مقيدة بشرط ، لأن التقييد لا يمنع تنجيزها ، بل هو التزام زائد على ما أوجبه العقد .

فإذا قال لآخر : اشتريت منك هذه الساعة بكذا بشرط أن تقوم بإصلاحها مدة سنة من الآن ، وقال الآخر : قبلت ، فإن هذه الصيغة تفيد إنشاء عقد البيع من وقت صدوره ، وترتب آثاره عليه ، والشرط لا يمنع من ذلك شيئاً ، ولكنه ألزم البائع بالإصلاح فى المدة المشروطة ، فيجب الوفاء بهذا الالتزام إذا كان العرف جرى بمثله .

والعقد المضاف : هو الذى تدل صيغته على إنشائه من حين صدورها على ألا يترتب عليه حكمه إلا فى زمن مستقبل يضيفه إليه : مثل أن يقول شخص لآخر : استأجرت منك هذه الدار كل شهر بعشرة جنيهات إبتداء من أول الشهر القادم ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن هذه الصيغة دلت على إنشاء عقد الإجارة فور صدورها ، ولكن العبارة الزائدة فى الصيغة ، وهى قوله . إبتداء من أول الشهر القادم — أخرت ترتب الحكم إلى مجىء ذلك الوقت المضاف اليه ، ولولا هذه الاضافة لترتب الحكم من وقت العقد .

والعقد المضاف كذلك يكون مطلقا عن التقييد بالشرط، وقد يكون مقيداً به كما إذا قال: آجرتك هذه الأرض لتزرعها مدة ثلاث سنين بكذا ابتداء من العام القادم بشرط أن تدفع لى نصف الأجرة عند ابتداء المدة ويقول الآخر: قبلت.

والعقد المعلق: هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورها، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق «إن وأخواتها» على تعليق هذا الإنشاء، وربط وجوده بوجود أمر مستقبل بحيث إن وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده، وإن لم يوجد ذلك فلا يوجد العقد نحو: إن سافرت من هذه البلدة فقد وكلتك ببيع منزلى، وما فيه من أثاث.

فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة، وإنما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه، فالفرق بينه وبين المضاف، أن العقد فى حال الإضافة موجود وقت التكلم، والحكم غير موجود، بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف إليه، وفى حال التعليق كلاهما غير موجود، وإنما يوجدان عند تحقق المعلق عليه.

فإذا قال شخص لآخر: إذا أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا كفيل به فإن هذا الكلام لا ينعقد سبباً للكفالة الآن؛ بل حينما يتحقق الإقراض، فيصبح القائل كفيلا بعده، ويترتب حكم الكفالة من ذلك الوقت.

والتفرقة بين المضاف والمعلق هو مذهب الحنفية، ولكن الشافعية يذهبون إلى التسوية بينهما، على معنى أن العقد موجود فى حالة التعليق، كما فى حالة الإضافة والتعليق منع من ترتب الحكم عليه لحين تحقق الشرط، كما أن الإضافة منعت ترتب الحكم إلى أن يجىء الوقت المضاف إليه.. والمسألة مشهورة مفصلة فى بحث مفهوم الشرط فى علم أصول الفقه.

ثم أن التعليق لا يفيد الحكم السابق إلا إذا كان المعلق عليه معدوماً عند التعليق يمكن الوجود فى المستقبل مثل ما إذا قال شخص عنده مريض : إن شفى الله مريضى لأتصدقن بكذا من المال ، أو يقول شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك ، أو يقول الرجل لامرأته : إن خرجت اليوم فأنت طالق ، وما شابه ذلك ، فإن الشفاء معدوم الآن ، ويحتمل وجوده فى المستقبل ، وكذلك السفر ، وخروج المرأة اليوم .

أما إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت التكلم فالتعليق صورى ، وهو فى الحقيقة تنجيز ، كما إذا قال شخص لآخر . وهبتك هذه الساعة إن نجحت فى الامتحان ، وكان فى هذا الوقت ناجحاً .

أو إذا قال شخص لآخر : إن ملكت هذه الدار أجرتها لك بكذا إبتداء من الشهر القادم ، وقال الآخر قبلت ، وتبين أنه كان مالكا لها وقت العقد بطريق الإرث مثلا ، فإن التعليق يكون صورياً .

وإذا كان المعلق عليه معدوما يستحيل وجوده فى المستقبل لم ينعقد العقد أصلا، كما إذا قال رجل لامرأة : زوجينى نفسك ، فأجابته بقولها ، إن سقطت السماء على الأرض زوجتك نفسى ، فإن هذا التعليق مبطل للعقد ، لأن الغرض منه واضح ، وهو إفهام المخاطب أن إنشاء هذا الزواج مستحيل ، ومثل هذا يجعله محالا .

وإذا قال شخص لآخر : إن شربت ماء هذا البحر كله وهبتك هذا الشىء ، فإن هذا التعليق ينبىء عن استحالة الهبة ، فيكون الكلام لغواً لا أثر له فى إنشاء العقد .

العقود بين التنجيز والتعليق والاضافة

بعد أن عرفنا معانى هذه الكلمات والفرق بينها . بقى أن نعرف مدى قبول العقود لهذه المعانى . فنقول :

الأصل فى العقود كلها أن تكون منجزة ، لأنها موضوعة لإفادة أحكامها فى الحال ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا ما كان بطبيعته يأبى التنجيز، وينحصر ذلك فى عقدى الوصية والإيصاء ، فإن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فإن قبل الموصى له الوصية فى حياة الموصى يكون هذا القبول لغواً ، يستوى فى ذلك اضافة العقد إلى ما بعد الموت ، وعدم اضافته ، فلو قال شخص لآخر . أو صيت لك بربع مالى كان ، ذلك مساوياً لقوله : جعلت لك هذا القدر من المال بعد وفاتى وصية :

والإيصاء : جعل الشخص غيره وصياً على أولاده ، أو حفدته بعد وفاته، فهذا العقد لا يترتب عليه حكم إلا بعد الوفاة . سواء أضاف ذلك إلى ما بعد الموت أو لم يضفه.

العقود والإضافة : تتنوع العقود بالنسبة لقبولها الإضافة ، وعدم قبولها ذلك إلى ثلاثة أنواع .

١ — عقود لا تكون الامضافة ، وهى الوصية والإيصاء كما سبق بيانه .

٢ — عقود تقبل الإضافة، على معنى أنها تصح أن تكون منجزة ، ويصح أن تكون مضافة، فإذا كانت منجزة ترتب عليها آثارها فى الحال ، وان كانت مضافة وجد العقد ، وتأخر حكمه إلى زمن الإضافة ، وقد عدها فقهاء الحنفية أربعة عشر عقداً .

وهى بوجه عام تشمل العقود الواردة على[1] المنافع . كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، والإسقاطات . كالطلاق والخلع من جانب

---

(١) راجع تكملة البحر الرائق جـ ٨ ص ٤٤ وما بعدها ، وتبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٣٤ ، وجامع الفصولين جـ ٢ ص ٢ و ما بعدها فى الفصل السادس والعشرين ، فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل وما يصح تعليقه وإضافته وما لا يصح .

الزوج والإعتاق ، والوقف ، والإطلاقات . كالوكالة والقضاء ، والإمارة ، والتوثيقات كالكفالة والحوالة .

٣ – عقود لاتقبل الإضافة ، وهى بوجه عام عقود التمليكات التى تفيد تمليك الأعيان ، كالبيع وإجازته ، والهبة والصلح عن مال ، والإبراء عن الدين ، ويلحق بها الزواج والشركة والقسمة والرجعة.

والفرق بين النوعين حيث جاز فى الأول الإضافة ، ولم تجز فى الثانى – أن النوع الأخير عقود يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها ، فتأخيره يكون إهمالا لها ، وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، ولأنها فى الأصل موضوعة لإفادة أحكامها فى الحال ، والصيغة المضافة لاتفيد ذلك ، فتكون بعيدة عن كونها سبباً فى هذا النوع فلا ينعقد بها العقد .

وأما النوع الذى قبله فإنه وارد على المنفعة فى بعضها ، وهى لا توجد مرة واحدة ، بل توجد متدرجة مع الزمن ، فإضافتها لا تنافى وضعها ، بل معنى الإضافة ملاحظ فيها .

والإسقاطات إنهاء لما يملكه العاقد ، فله أن ينهيها فى الحال، وأن يؤخرها فترة من الزمن .

والإطلاقات لا تفيد أحكامها دفعة واحدة ، بل تثبت شيئاً فشيئاً ، فلا تتنافى معها الإضافة ، والتوثيقات كذلك ، فقد يكفل الشخص ، ولا يطالب بدفع الدين إلا بعد فترة من الزمن ، وقد لا يؤدى ،وكذلك المحال عليه. ففيها معنى الإضافة فلا يتناقض معها .

العقود والتعليق : تنقسم العقود بالنسبة لقابليتها للتعليق إلى قسمين : قسم لا يقبل التعليق بحال ، وآخر يقبله ، وهذا الأخير تحته صنفان . صنف يقبل

التعليق بالشرط مطلقاً ، وصنف لا يقبل التعليق إلا بالشرط الملائم ، فتكون ثلاثة أنواع :

النوع الأول : العقود التى لا تقبل التعليق بحال ، وقد عدها صاحب جامع الفصولين (١) ثلاثة عشر .

وهى بوجه عام تشمل التمليكات سواء أكانت واردة على الأعيان ، أم على المنافع . المعاوضات منها والتبرعات (٢) ماعدا عقد الوصية ، كالبيع وإجازته ، والهبة والقرض ، والإجارة والإعارة ، والمزارعة والمساقاة وعقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع ، والتقييدات . كالرجعة ، والحجر على المأذون له بالتجارة . وكذلك الرهن . والإبراء على الأصح باعتباره تمليكا للدين لا إسقاطاً له .

وإنما منع تعليق هذه العقود ، لأن الأصل فى العقود أن توجد بمجرد وجود الصيغة الدالة عليها ، فتعليق وجودها على أمر محتمل الوجود قد يوجد وقد لا يوجد يجعلها مترددة بين الوجود والعدم ، فهو أشبه بالقمار والمخاطرة فيكون فيها غرر .

---

(١) جـ ٢ ص ٢ وما بعدها فى الفصل ٢٦ . وكذلك البحر الرائق جـ ٦ ص ١٩٤ وما بعدها . باب المتفرقات ، وتبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٣٤ ، وراجع مع ذلك الفروق للقرافى جـ ١ ص ٢٢٨ وما بعدها فى الفرق ٤٥ .

(٢) والشافعية يوافقون الحنفية فى عقود المعاوضات والتبرعات جميعاً ، والمالكية يوافقونهم فى المعاوضات ، ويختلفون فى عقود التبرعات ، فيجيزون التعليق فيها ، لأنه لا يترتب عليه ضرر فيها ، ولأن ما فيها من الغرر لا يلحق الضرر بواحد من المتعاقدين فأى ضرر يكون فى قول الرجل : إن نجحت فى عملى هذا وهبتك ذلك الشىء ! فإذا تحقق الشرط وجدت الهبة ، وإن لم يوجد فلا يلحق الموهوب له ضرر من ذلك .

فإذا قال شخص لآخر : إن لم أجد لهذا الشيء مشترياً بسعر أغلى مما حددته بعته لك ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن العقد لا ينعقد ، بل يكون فاسداً ، لأنه لا يدرى وقت هذا الكلام . أيوجد بيع فى المستقبل أو لا ، وكذلك لو قال شخص لآخر : إن وجدت مسكنا غير هذه الدار آجرتها لك بكذا كل شهر ، ويقبل الآخر .

أو يقول الرجل للمرأة : تزوجتك إن رضى أهلى ، وتقول له قبلت .

أو يقول الرجل لابنه : إن نجحت فى الامتحان وهبتك هذه الساعة ، أو يقول شخص لآخر : إن جاءنى فلان بما عليه من الدين أقرضتك مبلغ كذا ، وهكذا فى بقية تلك العقود .

النوع الثانى : عقود تقبل التعليق بكل شرط ، ومنها الوكالة والوصية والإيصاء ، والإسقاطات كالطلاق والإعتاق والتنازل عن حق الشفعة ، والالتزامات التى يحلف بها ، كالنذر نحو قولك : إن نجحت فى الامتحان هذا العام لأتصدقن على الفقراء بمبلغ كذا من المال ، فإن هذا يصح ، وإذا تحقق الشرط المعلق عليه ، وهو النجاح لزمه التصديق .

وكذلك لو قال شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك فى التصرف فى تجارتى ، أو تقول لغيرك : إن وجدت كذا فى السوق فاشتر لى منه كذا ، فإنه يصح ، ويكون وكيلا عند تحقق الشرط ، ولو قال شخص لآخر : إن ملكت هذا المنزل جعلته لك وصية صح .

قالوا : وإنما صح تعليق هذه العقود ، لأنه لا يترتب على تعليقها ضرر بأحد المتعاقدين ، ولأنها إما التزام شخصى يتعلق بإرادة الملتزم كما فى الإسقاط والنذر ، أو إطلاق فى التصرف ، وهو فى معنى التصرف الشخصى كما فى الوكالة والإيصاء وكل ذلك يتعلق بإرادة من صدرت منه ، فهو الذى يكيفها حسبما يريد ،

والوصية لا ينافيها التعليق ، لأنها فى الأصل كالمعلقة على الموت ، حيث لا تكون إلا بعده ، فيصح تعليقها على شىء آخر .

النوع الثالث : عقود يصح تعليقها بنوع من الشروط دون نوع ، فيصح تعليقها بالشرط الملائم دون سواه ، كالكفالة والحوالة والإذن بالتجارة.

والشرط الملائم : هو ما كان متفقاً مع مقتضى العقد شرعاً أو عرفاً بأن يكون بين الشرط وما عليه مناسبة تقتضى هذا التعليق ، كأن يقول شخص لآخر: إن داينت فلاناً فأنا كفيل بهذا الدين ، أو إن لم يؤد فلان ما عليه لك من الحق غداً فأنا ضامن له ، أو إن استحق المبيع فأنا كفيل بثمنه ، أو يقول القيم على الصغير : إن أظهرت مهارة فى تصرفاتك فقد أذنت لك بالتجارة .

وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق ، كأن يقول شخص لآخر : إن تقدمت فى الامتحان فقد تكفلت بما لك من الدين على فلان ، أو يقول : إن كان الجو حاراً فقد أذنت لك التجارة ، فإنه لا علاقة بين هذه الشروط وتلك العقود ، وهذا التعليق مفسد للعقد ، لأنه لا يظهر فيه غرض صحيح فيكون كالهزل . والعقود لا تصح معه إلا ما ورد به النص، وهو حديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد » .

ونكتفى بهذا القدر من تقسيمات العقود :

٦ — عيوب العقد

يراد بعيوب العقد هنا . الأمور التى تلابس إنشاءه ، ويكون لها فيه نوع تأثير ، سواء أ كان تأثيرها فى أصل العقد ، كما فى الغلط فى محل العقد ، أم فى صحته كما فى الغلط فى وصف من أوصاف المعقود عليه ، وكما فى الغبن مع التغرير.

والعيوب التى تلم بالعقد كثيرة متنوعة ، ولكنها ترجع فى أغلب صورها إلى ثلاثة أنواع :

الإكراه ، والغلط ، والغبن مع التغرير .

الإكراه : معناه فى اللغة : حمل الإنسان غيره على مايكره قهراً ، والفقهاء يريدون به معنى يقارب ذلك ، وهو طلب الشخص من غيره الإتيان بعمل غير واجب عليه شرعا مع تهديده بإلحاق الأذى به إن لم يجب طلبه (١) .

ثم إن مجرد الطلب المقترن بالتهديد لايحقق الإكراه شرعاً ، بل لابد وأن يكون من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به ، وأن يكون المهدد جاداً فى تهديده بحيث يظن المكره جديته ، وأنه منفذ لما هدد به إذا لم يمتثل ، وأن يكون الشيء المهدد به مما يشق على المكره تحمله ، وأن يكون ما أكره عليه ممتنعاً على المكره قبل الاكراه إما لحق إنسان آخر ، أو لحق الشرع (١) ، فإن اختل واحد من هذه القيود لا يتحقق إكراه ، كما إذا كان المهدد غير قادر على ما هدد به سواء كان بسبب عجزه عن التنفيذ ، أو بسبب استطاعة المكره الافلات مما هدد به ، أو كان هازلا فى تهديده فى الواقع ، أو فى اعتقاد المكره ، أو كان الشيء المهدد به مما لا يشق على النفس احتماله :

وما دام التهديد وقع من القادر على تنفيذه تحقق الإكراه لا يعنينا بعد ذلك أن يكون من أصحاب الولاية والسلطان . أو من عامة الناس .

والاكراه بهذا المعنى يتنوع إلى نوعين : تام وغير تام ، أو على حد تعبير الفقهاء والأصوليين إكراه ملجىء ، وإكراه غير ملجىء .

فالإكراه الملجىء : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس ، أو بإتلاف عضو ،

---

(١) وعرفه السرخسى فى مبسوطه جـ ٢٤ ص ٣٨ فقال : « هو فعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره » ، وعرفه أصحاب المجلة العدلية بأنه « إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالإخافة » المادة ٩٤٨ .

(١) راجع كشف الأسرار .

أو بالضرب الشديد الذى يخشى منه تلف النفس أو العضو ، أو بإتلاف جميع المال أو بالحبس الدائم .

والإكراه غير الملجىء : هو التهديد بما سوى ذلك مما يشق على النفس احتماله كالتهديد بالضرب الذى يخشى منه التلف، أو بإتلاف بعض المال ، أو بالتأنيب الشديد أمام الناس ، ولا شك فى أن هذا النوع يختلف باختلاف الأشخاص ، فرب أمر يعتبر إكراها فى حق شخص بينما لا يكون كذلك فى حق غيره ، وهذا النوع ليس له حدود فاصلة ، بل أمره متروك إلى القاضى يقدره حسبما وقع ، فإذا كان الشىء المهدد به مما لا يشق على النفس احتماله لا يتحقق الإكراه.

والأكراه بنوعيه لا يؤثر فى الأهلية ، بل المكره مع هذا الاكراه له أهلية أداء كاملة ، ولكنه يؤثر فى الرضا فيعدمه ، لأن الرضا رغبة ، ولا رغبة مع الاكراه وكما يعدم الرضا يعدم الاختيار عند الحنفية الذين يرون التلازم بين الرضا والاختيار .

وأما الحنفية فأنهم يرون أن الاكراه الملجىء مفسد للاختيار لأنه يجعل المكره كالآلة فى يد المكره، ولهذا ينسب الفعل إلى من كان منه الاكراه كأنه وقع منه ، وأما غير الملجىء فلا يفسد الاختيار ، بل يكون المكره مختاراً واختياره صحيح ، لأنه يستطيع أن يتحمل ما هدد به من الأذى(١) .

والكلام على الإكراه فيه تفصيل تكفل علماء الأصول ببيانه فى بحث عوارض الأهلية هناك .

---

(١) والإكراه بنوعيه معتبر فى التصرفات القولية ، ومنها العقود ، وأما التصرفات الفعلية ، كإتلاف مال الغير أو الاعتداء على النفس فلا اعتبار إلا للإكراه الملجىء ، فهو الذى يسقط العهدة عن المكره ، بخلاف غير الملجىء فانه لا أثر له ويكون المكره ضامنا . راجع المادة — ١٠٠٧ من المجلة العدلية .

وأما أثره فى العقود – وهو ما يعنينا هنا فقد سبق بيانه فى بحث « العقد بين الإرادة الباطنة والظاهرة » من هذا الكتاب .

والقانون المدنى تكلم عن الإكراه فى مادتى ١٢٧ ، ١٢٨ ، بين فيهما حكم الإكراه وأثره فى العقد ، وحكم ما إذا وقع الإكراه من غير المتعاقدين .

الغلط : الغلط فى العقد قد يكون باطنياً . أى فى الإرادة الباطنة ، كأن يبيع شخص لآخر ، أو يتصدق عليه اعتقاداً منه أنه فلان ، ويظهر أنه غيره ، وكأن يشترى سيارة بثمن معين معتقداً أن قيمتها كذلك ، ثم يتبين أن قيمتها نقصت كثيراً عن ذى قبل ، وكما إذا اشترى خاتماً معتقداً أنه من الذهب فيظهر أنه من الفضة المموهة بالذهب أو من النحاس وما شاكل ذلك من صور الغلط التى لا يوجد فى الصيغة ما يدل عليه .

وقد يكون الغلط ظاهرياً ، بمعنى أنه يوجد فى الصيغة ما يدل عليه ، كما إذا قال شخص لآخر : بعنى هذا الفص من الماس بثمن قدره كذا مشيراً إلى فص معين تبين فيما بعد أنه من الزجاج ، فإن المشترى هنا وقع فى خطأ حيث اعتقد أن الفص الذى اشتراه من الماس ، والواقع خلاف ذلك ، وقد جاء فى كلامه ما يدل على هذا الخطأ .

والفقهاء لم يلتفتوا إلى النوع الأول(١)، لأن العبرة عندهم فى العقود بوجه

---

(١) قد يقال : إن هذا يخالف ماسبق فى بحث الارادة الظاهرة والباطنة . وهو أن فريقاً من الفقهاء يعولون على الارادة الباطنة دون الظاهرة . والجواب أنه لا تخالف ، لأن محل اعتبارهم للارادة الباطنة إنما هو عند وجود تخالف بين الارادتين ، لذلك قلنا فى تقرير مذهبهم هناك : انهم يعتبرون الارادة الظاهرة اذا لم يوجد ما يخالفها ، فاذا وجد اعتبر ذلك وألغيت العبارة .

عام بما يدل على النوايا من الألفاظ و ا فى معناها ، فما دام لم يوجد فى الصيغة لفظ يختلف معناه مع الواقع لايلتفت إلى دعوى الخطأ ، ولا يترتب عليه أى أثر ، والمعتبر عندهم هو النوع الثانى الذى يوجد فى الصيغة مايدل عليه ، ومع ذلك فقد قصروا كلامهم هنا على الغلط المتعلق بمحل العقد، وأما المتعلق بذات العاقد، أو بصفاته فمحله بحوث أخرى كالولاية والفضالة .

ومعنى الغلط فى محل العقد . هو ظهور المعقود عليه على خلاف ماعين بالعقد . وهذا الغلط يؤثر فى رضا العاقد الذى وقع فى جانبه، لأنه مارضى بالعقد إلا على الحالة التى قدرها وأنشا العقد على اعتبار وجودها ، فإذا اختلفت الحقيقة مع ماقدره فات رضاه بالعقد .

ثم إن هذا الغلط لايخلو إما أن يكون فى جنس المعقود عليه ، أو فى صفة من صفاته .

فالأول : يتحقق عندما يكون المذكور عند إنشاءالعقد من جنس آخر غير جنس الذى عينه بالإشارة ، كما إذا قال : اشتريت هذا الفص من الماس مشيراً إلى فص معين ، وبعد قبول الآخر ظهر أنه من الزجاج . أو اشتراه على أنه من الياقوت فوجده من الزجاج ، أو اشترى ثوباً على أنه من الصوف فظهر أنه من قطن مصبوغ أو اشترى داراً معينة على أنها مبنية بالآجر فظهر أنها مبنية باللبن ، وما شاكل ذلك .

والضابط فى اختلاف الجنس وعدمه — فى نظر الفقهاء — أنه إذا تفاوتت الأغراض والمقاصد بين الشيئين تفاوتاً كبيراً ، كالزجاج والماس ، أو اتحدت الأغراض ، ولكن اختلفت القيمة اختلافاً كبيراً ، كالدار المبنية بالآجر ، والمبنية باللبن كان الجنس مختلفاً ، وإن لم يوجد هذا التفاوت ، أو

هذا الاختلاف لم يكن الجنس مختلفاً : كما فى الياقوت الأصفر والأحمر، والبقرة الحلوب. والقماش الحرير المصنوع فى الجمهورية العربيـــة المتحدة، والمصنوع فى اليابان (١).

والثانى : وهو الاختلاف فى الصفة يتحقق عند ما يكون المشار إليه فى العقد والمذكور فيه غير مختلفين فى الجنس بالمعنى السابق، كما إذا اشترى ثوباً من الحرير على أنه مصنوع فى جمهوريتنا، فتبين أنه مصنوع فى اليابان مثلا، أو يشترى بالليل فص ياقوت على أنه أحمر فتبين أنه ياقوت أصفر، أو يتزوج امرأة على أنها بكر فتظهر غير بكر، أو يتزوجها على أنها متعلمة فيتبين أنها جاهلة.

والأثر الذى يترتب على الغلط فى أحد النوعين مختلف عن الآخر، فالغلط فى النوع الأول مبطل للعقد، فيجعله كأن لم يكن، لأن محل العقد غير موجود والعقد لا يوجد بدون محله.

ذلك لأن القاعدة عند الفقهاء : أنه إذا اجتمع فى المعقود عليه التعيين بالإشارة والتعيين بالإسم والوصف، واختلف جنس المشار إليه عن جنس المعين بالإسم كانت العبرة فيه بالمعين باسمه ووصفه، فيكون هو المعقود عليه، وحيث إن المعين بالوصف غير موجود فيكون العقد غير موجود من أساسه، وإذا اجتمع التعيينان مع اتحاد جنس المشار إليه والمسمى تعلق الحكم بالمشار إليه، وينعقد لوجود المحل، ولكنه يتخير لفوات الوصف.

وأما الغلط فى النوع الثانى فإنه لا يترتب عليه بطلان العقد، وإنما يترتب عليه عدم لزومه فى حق من وقع الغلط فى جانبه، أما صحة العقد، فلأنه صدر

---

(١) يقول الباجى فى شرح الموطأ ج ٤ ص ١٥٩ : إذا اختلف الشيئان فى المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين وإن سميا باسم واحد، وإن اتفقا فى المنفعة المقصودة وافترقا فى الاسم فهما جنس واحد فى قول ابن القاسم. فليراجع.

من أهله فى محله ، وأما عدم لزومه فلفوات الرضا ، وحينئذ يكون له حق الفسخ فإن شاء فسخه ، وإن شاء أمضاه .

وهذا الحكم وهو حق الفسخ إنما يكون فى العقود التى تقبل الفسخ كعقود المعاوضات المالية، وما فى معناها، وأما العقود التى لا تقبله كعقد الزواج فلا يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه خلافاً للإمام أحمد ، فإنه عمم حكم خيار الفسخ حتى فى عقد الزواج .

فلو تزوج امرأة على أنها بكر أو متعلمة ، ثم ظهرت خلاف ذلك كان للزوج حق فسخ عقد الزواج بهذا عند الحنابلة .

ومما تجب ملاحظته هنا ، أن فوات الوصف يوجب الخيار بشرطين .

الأول : أن يكون هذا الوصف مما لا يدرك بالمعاينة الظاهرية ، ككون هذا القماش عربياً أو غير عربى ، أو كون الجلد عربياً أو أمريكياً ، فإن كان يدرك بالمعاينة ، ووجده خالياً من هذا الوصف فلا خيار له .

والثانى : ألا يكون فواته إلى أحسن منه ، فإن كان الوصف الموجود أفضل من الوصف المشترط لا يثبت خيار لمن غلط فيه .

ولقد عرض القانون المدنى الجديد لأحكام الغلط فى العقد فى خمس مواد ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ومن يستعرض هذه المواد مع شرحها يجد الغلط فى العقد فى نظر رجال القانون أوسع دائرة منه فى نظر الفقهاء ، فقد يكون الغلط فى صفة جوهرية فى العقد ، أو فى ذات المتعاقد ، أو فى صفة من صفاته ، وقد يكون فردياً ، كما يكون مشتركاً (١) .

---

(١) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى صـ ٢٩٥ وما بعدها .

الغبن فى اللغة النقص ، والفقهاء يريدون به كون أحد العوضين فى عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها .

فإذا باع شخص شيئاً قيمته خمسون بأربعين كان الغبن فى جانب البائع ، ولو باعه بستين كان الغبن فى جانب المشترى ، فالغبن لا يكون فى جانب واحد دائماً ، بل قد يكون فى هذا الجانب مرة ، وفى الجانب الآخر مرة أخرى .

والغبن اما يسير وأما فاحش . فاليسير : يوجد فى أغلب صور المعاوضات بخلاف الفاحش ، وفى بيان معنى الغبن اليسير والفاحش عند الفقهاء أقوال أقربها إلى الفقه . أن اليسير هو ما كان داخلا تحت تقويم المقومين . أى تقدير الخبراء للمعقود عليه ، فاذا باع شيئاً بتسعين ، وقد قومه أحد الخبراء بتسعين ، والآخر بثمانين ، والثالث بمائة ، كان يسيراً ، وإنما كان يسيراً لأن النقص فيه ليس متحققاً ، بل محتملا فقط(١) .

والغبن الفاحش : عكسه . وهو ما لم يكن داخلا تحت تقويم المقومين .

ففى المثال السابق ، لو باعه بسبعين ، أو بمائة وعشرة كان الغبن فيه فاحشاً ، لأن السبعين لم تأت فى التقويم ، ومثلها المائة والعشرة .

ومن الآراء ما يحدد كلا منهما ، وفى تحديده اختلاف حسب أنواع المال ، فحدد للغبن الفاحش فى العروض بما يعادل نصف العشر ، وفى الحيوان بالعشر ، وفى العقار بالخمس ، فإذا لم يصل الغبن هذا القدر كان يسيراً ، وقد أخذت المجلة بهذا الرأى كما جاء فى المادة ١٦٥ .

---

(١) راجع البدائع جـ ٦ صـ ٣٠

والتغرير : لغة الخداع والإطماع بالباطل .

والفقهاء يريدون به : استعمال حيلة وخدعة مع أحد المتعاقدين ليقدم على العقد ظاناً أنه فى مصلحته ، والواقع خلاف ذلك ، يستوى فى هذا استعمال الخدعة من العاقد الآخر ، أو من غيره كما يحدث من السماسرة الذين يرغبون الناس فى السلع بطرق عديدة .

وهذا التغرير قد يكون بالقول ، ويسمى تغريراً قولياً ، كأن يقول البائع للمشترى : إنه قد عرض على ثمن أكثر من هذا ، ولكنى آثرتك به مع قلة ما تدفعه ، أو أن هذا الشىء ندر فى الأسواق ولن تجده بعد اليوم ، أو يقول المشترى للبائع لقد عرض على ما هو أحسن منه بهذا الثمن أو بأقل منه ، وما شاكل ذلك ، أو يعلن شخص عن سلعة من السلع ، ويصفها بأوصاف مرغبة تجعل الناس يتسابقون عليها ، وهذا العمل كرهه المشروع وتوعد عليه بالعقاب (١) .

وقد يكون التغرير بفعل يجعل العاقد الآخر يظن فى المعقود عليه خلاف الواقع كما يحدث فى صورة التصرية ، وهى ربط البائع ضرع البقرة القليلة اللبن مدة حتى يمتلىء ضرعها باللبن ، ويسمى هذا تغريراً فعلياً .

أثر الغبن والتغرير فى العقد

أما الغبن اليسير : فإنه لا يؤثر فى رضا العاقد ، لأنه محتمل لكثرة وقوعه ، والعاقد مهما احترز عنه فلن يستطيع أن يتفاداه فى كل عقوده ، ومن ثم قرر الفقهاء أنه لا يؤثر فى العقود اللازمة ، فليس لمن وقع الغبن فى جانبه خيار الفسخ ، وهذا الحكم

---

(١) أخرج البخارى عبد الله بن أبى أوفى أن رجلا أقام سلعة له فى السوق فحلف بالله لقد أعطى بها ما لم يعطيه ليوقع فيها رجلا من المسلمين فنزل قول الله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم فى الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم » آل عمران ٧٧ .

عام فى العقود كلها، ولا يستثنى منه إلا بعض صور قليلة يثبت فيها حق المطالبة بالفسخ لغير المتعاقدين محافظة على حق مقرر لذلك الغير .

وهذا فى تصرف المدين بدين مستغرق إذا كان محجوراً عليه، فإذا باع أو اشترى بغبن يسير، فإن هذا التصرف موقوف على إجازة الدائنين ، أو رفع هذا الغبن، وكذلك تصرف المريض مرض الموت بدين مستغرق ولو لم يكن محجوراً عليه، لأن مرض الموت موجب للحجر، ولكنه لا يظهر إلا بعد الموت حيث لا يتحقق أنه مرض الموت إلا إذا أسلم إلى الموت .

وأما الغبن الفاحش : فانه يؤثر فى رضا العاقد فيعدمه ، لأنه ما أقدم على هذا العقد إلا لظنه أنه فى مصلحته، فلما بان أنه مغبون فيه فات رضاه به ، ومع ذلك فإن تأثيره فى العقد لم يكن محل وفاق بين الفقهاء ، بل اختلفوا فيه على مذاهب .

فمهم من يرى أنه يؤثر فى حكم العقد ، فيجعله غير لازم فى جانب من وقع الغبن فى جانبه من غير علمه، فيحق له أن يفسخ العقد ، لأن الغبن ظلم مطلوب رفعه :

ومنهم من يرى أنه لا يؤثر فى لزوم العقد ،فلا يحق للمغبون أن يفسخ العقد، سواء كان الغبن نتيجة تغرير أو لا ، ووجهوا رأيهم : بأن عقود المعاوضات التى هى موضع للغبن عقود لازمة فى أصلها ، فلو أبيح للمغبون فسخها لكان ذلك ذريعة إلى تغيير لزومها المشروع، ولأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً، لأنه لو تأنى فى تعاقده لما وقع فى هذا الغبن .

وفريق ثالث(١) يذهب إلى رأى وسط بين الرأيين ، فأثبت حق الفسخ

---

(١) يرى بعض المحققين أن القول الثالث توفيق بين القولين بحمل القول الأول على ما إذا كان الغبن مع التغرير والثانى ما إذا كان بدون تغرير .

جاء فى رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٧٩ فى ختام رسالة تحبير التحرير فى ابطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير ما يلى .

للمغبون فيما إذا كان الغبن نتيجة تغرير غيره ، ومنعه إذا لم يكن كذلك .

وهذا كما ترى رأى مقبول له وجه ظاهر ، لأن المغبون معذور فى حالة التغرير

تقدم فى عبارة الخيرية نقلا عن البحر عن القنية ما حاصله أن الرد بالغبن الفاحش روايتان ، وأن بعضهم أفتى بالرد رفقا بالناس ، و بعضهم أفتى بعدمه وهو ظاهر الرواية ، وبعضهم قال : إن غر المشترى البائع أو بالعكس يثبت الرد ، وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقا بالناس . قال : والذى يظهر من هذه العبارة أن القول الثالث توفيق بين الروايتين بحمل الرواية الأولى على ما إذا كان الغبن مع التغرير ، والثانية على ما إذا كان بدون تغرير ، ويؤيده أن من أفتى بالأولى علل فتواه بقوله : رفقا بالناس كما علل أصحاب القول بالتفصيل ، فعلم أنهم حملوا الرواية بالرد التى هى ارفق بالناس على ما إذا كان مع التغرير ، وحملوا الثانية التى فيها رفق بالناس على ما إذا كان بدون تغرير . إذ لا تصلح علة واحد لقولين متغايرين .

قال وهذا التوفيق ظاهر ووجهه ظاهر . إذا الرد مطلقا ليس أرفق بالناس بل خلاف الأرفق لأنه يؤدى إلى كثرة المخاصمة والمنازعة فى كثير من البيوع .

والقول بعدم الرد مطلقا خلاف الأرفق أيضا ، وأما القول بالتفصيل فهو القول الوسط القاطع للشغب والشطط ، وخير الأمور أوساطها لا تفريطها ولا افراطها ، لأن من اشترى القليل بالكثير مع خداع البائع وتغريره يكون بدعوى الرد معذورا وبائعه آثما ومأزورا .

فلا جرم أن قالوا : وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقا بالناس . وقال الزيلعى إنه الصحيح ، ومشى عليه فى متن التنوير وعامة المتأخرين . ويظهر من هذا أن ما يقع فى بعض العبارات كعبارة الدر المختار من أنه أفتى بعضهم بالرد مطلقا كما فى القنية غير محرر لأنه فى القنية لم يذكر الأطلاق وكأن من صرح بالاطلاق فهم من عدم ذكر القيد فى كل من الروايتين الأطلاق فحملهما على الاطلاق ولم يلحظ ما لحظه أهل التوفيق .

قال . وهذا شأن كل متناقضين ظاهرا فى النصوص وغيرها من أقوال العلماء فانه يطلب أولا التوفيق ، فان لم يمكن يطلب الترجيح كما هو مقرر فى كتب الأصول وغيرها

حيث إن الغبن لحقه بسبب الخداع والتضليل بخلاف الصورة الأخرى، فإن الغبن لحقه نتيجة تقصيره وعدم ترويه .

وهذا الاختلاف فى الآراء يخرج عنه بعض الصورهو موضع اتفاق على أن الغبن الفاحش يؤثر فى العقد بالإبطال إذا لم يرفع الغبن ، وهى التصرف فى مال الوقف ، وأموال المحجور عليهم بسبب الصغر والجنون والسفه وأموال بيت المال ، فإذا بيع شىء من ذلك بالغبن الفاحش نقض سواء كان الغبن نتيجة تغرير أولا،لأن التصرف فى هذه الأموال مقيد بالمصلحة ،وليس من المصلحة فى شىء بيعها بالغبن الفاحش ، فيقع غير صحيح من أول الأمر .

وأما التغرير : فإن يوهم بوجود صفة فى المعقود عليه مرغوب فيها ، ولولاها لما أقدم على العقد ، كما فى صورة التصرية ، فإن المشترى ما أقدم على الشراء الا لرغبته فى كونها حلوباً ، فاذا فات ذلك الوصف ثبت للمغرور الخيار فى الفسخ ، ويسمى ذلك خيار الوصف (١) .

وهذا الخيار يثبت له عند القائلين به سواء نتج عن التغرير غبن أولا ، وسواء كان التغرير بالقول أو بالفعل . ولكن بشرط ألا يكون الوصف الفائت مما يدرك بالعيان والمشاهدة ، فان كان كذلك فلا خيار لانتفاء التغرير .

---

(١) وبعضهم يسميه خيار التغرير ، وهو منهى عنه لحديث « لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء ردها وصاعا من تمر » تصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية وهى الجمع . . هذا الحديث لم يأخذ به أبو حنيفة ومحمد فلم يثبتا هذا الخيار لمخالفة ظاهره لقاعدة الضمان ، وأخذ به أبو يوسف ، وقال : له الخيار فى الرد فان ردها رد معها قيمة اللبن سواء كانت مساوية لقيمة صاع التمر أولا معللا ذلك بأن قيمة اللبن حينذاك كانت مساوية لصاع التمر . .

وجمهور الفقهاء يذهبون إلى أن خيار الرد ثابت بهذا الحديث ويجب عليه رد صاع

وإن لم يكن التغرير كذلك ، بل كان راجعاً الى السعر ، فأن نتج عنه غبن فاحش فقد سبق حكمه ، وأنه موجب للخيار على أرجح الآراء ، وإن لم يترتب عليه غبن فلا خيار (١) .

ومن التغرير بوجود الوصف الموجب للخيار صورة اشتهرت باسم التدليس ، وهو إخفاء عيب فى أحد العوضين فى عقود المعاضاوت ، كما إذا كان المبيع ثوباً به خروق فرفاها البائع ليخفى هذا العيب ، وليظهر الثوب بصورة السليم ، أو كان بالشاة المبيعة عيب وباعها صاحبها من غير أن ينبه المشترى إلى هذا العيب .

والتدليس موجب للخيار للمدلس عليه سواء كان هو البائع أو المشترى ، فإن شاء أمضى العقد ، وإن شاء فسخه .

ومع كون هذا الخيار من صور خيار العيب الذى سيأتى تفصيله — إلا أنه فى الحقيقة لا يخرج عن كونه خيار وصف ، لأن التدليس باخفاء العيب موهم لسلامة المعقود عليه ، والسلامة وصف ، ومن هنا سمى الحنابلة خيار التغرير خيار التدليس .

والقانون المدنى عرض لحكم التغرير بعنوان التدليس ، وبين حكمه فى المادتين ١٢٥ ، ١٢٦ فنى الأولى ينص على أنه « يجب إبطال العقد للتدليس

= من التمر عملا بظاهر الحديث . قيل : إن الحكمة فى أن الرسول حكم برد صاع من تمر هى أن لبن التصرية اختلط باللبن الطارىء فى ملك المشترى فلا يمكن تقويم ما للبائع منه لعدم معرفة مقداره فجعله الرسول شيئاً معينا قطعاً للنزاع .

ويمكن على هذا أن يقال إن التقييد بصاع التمر لأنه كان أغلب طعامهم ، فلا يلزم كل واحد برد صاع من تمر ، بل له أن يرد صاعا من القوت الغالب لأهل بلده .

(١) راجع شرح المجلة العدلية للأتاسى ٢٣٧٣٨ وما بعدها .

إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد ، وتنص الثانية على أنه : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أنه يعلم بهذا التدليس » .

٧ــ الخيارات

قدمنا فى تقسيمات العقود أن منها عقوداً لازمة وأخرى غير لازمة ، وأن معنى لزوم العقد ، هو ألا يملك أحد المتعاقدين فسخه بدون رضا الآخر ، فالعقد اللازم متى وجد مستكملا لأركانه وشرائطه كانت له قوة لا يستطيع أحدهما رفعها ، فلو اقتصر فى شرعية هذا النوع من العقود على هذا القدر لوقع الناس فى حرج بين ، فقد يكون الشخص غير خبير بأحوال التعامل فيحتاج إلى التروى أو المشاورة فى أمر سلعه أقدم على شرائها متسرعاً لئلا تفلت منه فرصه الحصول عليها إن هو أخر شراءها إلى ما بعد التروى ، وقد يضطر إلى شراء شىء من غير أن يره معتمداً فى ذلك على وصف الطرف الآخر وترغيبه فيه ، فإذا ما رآه وجده لا يوافق رغبته ، أو أنه بولغ فى وصفه وقد يجد عيباً خفى عليه حين التعاقد .

ومن أجل ذلك كله جعل الشارع لأحد المتعاقدين . أو كليهما حق فسخ العقد بعد تمامه تفاديا لهذا الحرج ، ورفعاً للأضرارا التى تلحقه لو لم يبح له هذا الحق ، وحق الفسخ هذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى بالخيار .

والخيار مفرد الخيارات وهو مأخود من الاختيار ، ومعناه فى لغة العرب : طلب خير الأمرين أو الأمور .

والفقهاء يريدون به معنى يقرب من المعنى اللغوى ، وهو أن يكون لأحد

العاقدين أو لكليهما الحق فى تخيير أحد الأمرين . إما إمضاء العقد وتنفيذه ، أو فسخه ورفعه من أساسه .

وهذه الخيارات منها ماورد به نص خاص ، كخيار الشرط ، وخيار الرؤية ومنها ماثبت بمقتضى القواعد العامة ، كخيار فوات الوصف والتغرير ، ومنها ماثبت بالقياس ، كخيار النقد والتعيين ، ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على بعضها فقط ، وباقيها كان مجالا لاختلاف الاجتهادات .

ومن ناحية أخرى نجد بعض هذه الخيارات يثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطه المتعاقدان ، كخيار الرؤية وخيار العيب ، ومنها مايتوقف ثبوته على اتفاق العاقدين ، فلا يثبت إلا بالاشتراط ، كخيار الشرط وخيار التعيين كما أن الفسخ الذى يثبت بهذه الخيارات قد يثبت متى أراده صاحب الخيار بدون توقف على قضاء القاضى ، كما فى خيار الشرط والرؤية ، وقد يتوقف على قضاء القاضى — على الخلاف — فلا يثبت قبله ، كما فى خيار العيب ، لأن العيوب الموجبة للفسخ تحتاج إلى تقدير خاص لايكفى فيه نظر العاقدين .

وأنواع الخيارات كثيرة . اختلف الفقهاء فى عدها

فابن نجيم المصرى الحنفى عدها فى البحر الرائق(١) فى أول خيار الشرط ثلاثة عشر ، وفى الأشباه والنظائر(٢) فى أحكام الفسوخ عدها ثمانية عشر ، وصاحب الدر المختار يعدها تسعة عشر .

---

(١) جـ ٦ ص ٢ وما بعدها .

(٢) جـ ٢ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٣) جـ ٤ ص ٩٦ وما بعدها مع حواشى ابن عابدين ، وراجع فى ذلك أيضاً جامع الفصولين فانه قد خصص فصلا طويلا فى كتابه للخيارات . وهو الفصل الخامس والعشرون بين فيه أنواع الخيارات والعقود التى يصح فيها كل نوع جـ ١ من ص ٢٣٨ إلى ص ٢٦٢ .

لكن هذه الخيارات على كثرتها نجد بعضها يتداخل فى بعض ، كما أن بعضها يختص بعقد من العقود ، و بعضها يكون فى أكثر من عقد ، وها نحن الآن نقتصر على بعضها ، وهى خيار الشرط والعيب ، والرؤية ، والتعيين والنقد ، بعد أن أشرنا فيما سبق إلى خيار الوصف ، والغبن والتغرير .

خيار الشرط

معناه ، مشروعيته ، مدته ، لمن يثبت ،
العقود التى يدخلها ، أثره فى العقد ، انتهاؤه

خيار الشرط : هو أن يكون لأحد العاقدين (١) أو لكليهما أو لغيرهما الحق فى امضاء العقد أو فسخه فى مدة معلومة (٢) إذا شرط ذلك فى العقد .

فإذا قال البائع للمشترى مثلا : بعت لك هذه الدار بألف جنيه على أنى بالخيار مدة ثلاثة أيام ، وقبل المشترى كان للبائع الحق فى فسخ العقد فى هذه المدة ، فإذا مضت المدة من غير أن يعلن رأيه فى الإمضاء ، أو الفسخ سقط حق الفسخ ولزم العقد

ولا يلزم فى ثبوت الخيار أن يشترطه الشخص لنفسه ، بل يثبت أيضاً اذا شرطه الطرف الآخر له ، كأن يقول البائع : بعت لك هذا الشىء بثمن قدره كذا على أنك بالخيار مدة أيام ثلاثة ، فإذا قبل المشترى كان الخيار له .

فهذا الخيار كما يدل عليه اسمه لا يثبت الا بالشرط عند جمهور الفقهاء ، فسببه هو الاشتراط ، وعند الإمام مالك يثبت اما بالشرط (٣) ، أو بالعادة على معنى أنه

---

(١) سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره . كالوكيل والوصى ، أو شريكا أو مضارباً راجع شرح المجلة ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٢) قيدنا بذلك لأنه بمضى المدة يلزم العقد ويفوت التخيير . والتحقيق : أن الخيار موضوع لاختيار الفسخ لا للاجازة عند الحنفية .

(٣) راجع شرح الرسالة للنفراوى ج ٢ ص ٢٥٣ وما بعدها

لو جرت عادة الناس بثبوت الخيار فى سلعة من السلع ثبت الخيار فيها من غير شرط

وخيار الشرط مشروع مع كونه مخالفاً لمقتضى العقد، وهو لزومه بمجرد تمامه لورود النص بإباحته، وهو ماروى أن حبان بن منقذ الأنصارى كان يغبن فى البياعات فشكاه أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجاء أن يحجر عليه، ويمنعه من البيع والشراء، فقال له رسول الله: «إذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام»، ومعنى لاخلابة، لاغش ولاخديعة، — والحديث صريح فى تشريع الخيار لمعنى معقول وهو الاستيثاق والتأكيد من أن هذا العقد لاغبن فيه ليكون الرضا به تاماً، وليس فى الحديث مايفيد أنه خصوصية لحبان.

مدته: الحديث السابق جعل المدة ثلاثة أيام وعليها اقتصر بعض الفقهاء كأبى حنيفة والشافعى. فلا يصح عندهؤلاء أن تزيد المدة على ثلاثة أيام، ووجهتهم فى ذلك أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فكان الأصل فيه الفساد لولا ورود النص. وحينئذ يقتصر فيه على مورد النص، فاشتراط أكثر من الثلاثة مفسد له، الا أن هذا الفساد يرتفع بارتفاع سببه عند أبى حنيفة فيما اذا أجاز العقد قبل مضى الثلاثة خلافاً للشافعى.

وذهب آخرون كأبى يوسف ومحمد والإمام أحمد الى أنه لايتقيد بالثلاثة، بل يجوز الى أكثر منها حسب اتفاق العاقدين، لأن الخيار شرع للتروى والمشورة ولتفادى الوقوع فى الغرر والخديعة، وقد لاتكفى الأيام الثلاثة والأمر يختلف باختلاف الأشخاص والسلع، فيترك الأمر الى تقدير المتعاقدين واتفاقهما حين التعاقد على مدة معلومة يمنع وقوع التنازع فيما بعد، قالوا: وتقدير الرسول لحبان ثلاثة أيام لأنها كانت كافية له، لا لأنه لا يجوز أكثر منها.

والإمام مالك يرى أن المدة تختلف باختلاف السلع، فلا تقيد بالثلاثة كما فى المذهب الأول، ولا تفويض إلى تقدير العاقدين كما فى المذهب الثانى.

يقول ابن أبي زيد في رسالته : « والبيع على الخيار جائز إذا ضربا لذلك أجلا إلى ما تختبر فيه تلك السلعة ، أو ما تكون فيه المشورة » ، ووجهة هذا الرأى : أن الخيار مشروع للتروى أو المشاورة ، ولذلك يسمونه خيار التروى وهذا يختلف عادة باختلاف السلع ، وقدر عندهم في بعض السلع بيوم أو يومين ، وفي بعضها بثلاثة ، وفي بعضها بأسبوع ، وفي أخرى بشهر ، وفيما يتغير بالمكث كالفواكه والخضروات تقدر المدة بالزمن الذى لا تتغير فيه .

وإذا كان المعيار عند المالكية هو أن تكون المدة مناسبة فينبنى على ذلك أنه لو حدد العاقدان مدة أكثر أو أقل ردت المدة إلى المتعارف ، ومثل ذلك ما إذا كانت المدة مجهولة (١) ، كأن يقول . أنت بالخيار متى تشاء ، فإن العقد يصح وتتحدد المدة بما يتناسب مع المعقود عليه.

وخالف الأئمة الآخرون ، وقالوا : إن شرط الخيار مع جهالة المدة شرط فاسد فيفسد الشرط وحده عند من لا يرى فساد العقود بمثل هذا الشرط الفاسد كالحنابلة (٢) فيصح العقد ، ويكون لازما عندهم ، ويلغو الشرط وحده .

وعلى أصل الحنفية الذاهبين إلى أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يتعدى فساده إلى العقد يحكم بفساد العقد أيضاً .

لمن يثبت ؟ : لا خلاف بين الفقهاء في أن خيار الشرط يثبت للعاقدين ، أو لأحدهما بالشرط سواء شرطه الشارط لنفسه ، أو شرطه للعاقد الآخر ، ولكن

---

(١) ففى بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٢ قال مالك : يجوز الخيار المطلق ، ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله .

(٢) وفي المغنى ج ٣ ص ٥٨٩ . وعند أحمد أنه يصح ، وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه وهو قول ابن شبرمة .

الخلاف فى اشتراطه لأجنبى ، كأن يقول البائع : بعت لك هذه السلعة بكذا على أن الخيار لفلان « شخص يسميه » مدة ثلاثة أيام ، ويقبل الآخر ، فهذه الصورة أجازها جمهور الفقهاء ، أبو حنيفة وصاحباه ، ومالك وابن حنبل (١) وهو أحد قولى الشافعى ، وخالف فيها زفر وقال : إنه لا يجوز ، وهو القول الآخر للشافعى ، ووجه هذا الرأى ، أن الخيار كأثر من آثار العقد ، وحكم من أحكامه ، ولا يصح أن يجعل شىء من ذلك لغير العاقدين .

ولكن الجمهور يقررون أن الحق فى اشتراط الخيار ثابت أولا للعاقد ، فهو حق مقرر له ، فإذا جعله لغيره كان هذا بطريق الإنابة والتوكيل ، والتوكيل جائز ولا يترتب عليه جعل حقوق العقد وأحكامه لمن شرط له الخيار ، ولأنه يجوز لأحد العاقدين إذا شرط لنفسه الخيار أن يوكل غيره فى إمضاء العقد ، أو فسخه بالاتفاق ، فإذا جاز له أن ينيب غيره بعد العقد جاز له أن ينيبه فى أثناء العقد ، ومادام الاشتراط للأجنبى من باب الإنابة يكون الخيار للاثنين . للشارط باعتباره أصيلا ، ولمن شرط له باعتباره نائباً ووكيلا .

وإذا ثبت الخيار لهما فأيهما أجاز العقد أو فسخه نفذ ما اختاره ، وإن أجازه أحدهما وفسخه الآخر نفذ السابق منهما ، لأنه إن كانت الإجازة هى السابقة جاء الفسخ ووجد العقد لازماً فلا يعمل شيئاً ، وإن كان الفسخ هو السابق لم تجد الإجازة عقداً تلحق به ، وإذا لم يعلم السابق رجح الفسخ ، لأنه أقوى ، وقيل يرجح تصرف العاقد ، لأنه الأصيل .

(ب) **العقود التى يدخلها خيار الشرط** : هذا الخيار ثبت ابتداء فى عقد البيع ، وفيه ورد حديث شرعيته ، فالحق به كل ما فى معناه ، وعلى ذلك قرر فقهاء

---

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٨٧ .

الحنفية(١) أن خيار الشرط يثبت فى العقود اللازمة القابلة للفسخ التى لا يشترط فى صحتها القبض فى المجلس ، ولو كان لزومها من جانب واحد ، فهذه قيود ثلاثة لا بد منها فى العقد الذى يقبل الخيار ، فإن اختل واحد منها لا يصح اشتراطه .

فالعقود غير اللازمة ، كالوكالة ، والوديعة ، والعارية والهبة ، والوصية لا تقبل خيار الشرط ، لأنها قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط ، فلا معنى لاشتراطه فيها .

والعقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ ، كالزواج والخلع والطلاق والرجعة لا تقبله أيضاً ، لأن مقتضاها ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائها ، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة لمن ثبت له ، أو يؤخر اللزوم على الخلاف ، فهذه العقود بطبيعتها تأبى قبول الخيار للمنافاة التامة بينهما .

والعقود التى تقبل الفسخ ، ولكن يشترط فى صحتها القبض فى مجلس العقد كالسلم والصرف(٢) لا يدخلها خيار الشرط ، لأن الخيار يؤخر الأحكام ،

---

(١) قسم ابن قدامه فى المغنى العقود بالنسبة لقبولها لشرط الخيار تقسيما يتفق فى أغلب أنواعه مع تقسيم الحنفية ويخالفه فى بعضها ، فيخالفه مثلا فى العقود اللازمه من جانب واحد حيث جعلها مما لا تقبله ، كما خالفه فى الكفالة والحوالة كذلك ، وتعليله يفهم أنها عندهم من العقود غير اللازمة ، ومع ذلك فالقدر المتفق عليه ، أنه لا يكون فى كل العقود ، بل فى بعضها فقط .. راجع ج ٣ ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

(٢) يشترط لصحة السلم قبض رأس مال فى مجلس العقد ، كما يشترط فى الصرف قبض البدلين ، فلو تفرقا قبل القبض فسد العقد .

ومنها وجوب القبض فى المجلس، وعدم القبض مفسد لهذه العقود، فيكون بين الخيار وصحة هـذه العقود منافاة فلا يصح اشتراطه.

فإذا توفرت القيود الثلاثة فى عقد من العقود قبل خيار الشرط، وذلك كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة، والصلح على مال، والقسمة والكفالة والحوالة، والرهن إذا شرطه الراهن للزومه فى جانبه:

وإذا ثبت الخيار لأحد العاقدين ملك إمضاء العقد وفسخه فى أى وقت شاء فى مدة الخيار، فإذا مضت المدة من غير اختيار أحد الأمرين نفذ العقد ولزم.

ولا يلزم فى الإمضاء أو الفسخ لفظ معين، بل يصح أن يكون بأى لفظ يدل عليه، فإذا قال: أمضيت العقد، أو أنفذته، أو اخترت نفاذه، أو لا أريد فسخه نفذ العقد، وكذلك فى جانب الفسخ، وكما يصح كل منهما باللفظ يصح أن يكون بالفعل الدال عليه، أو المتضمن له، فإذا باع شخص سيارة لآخر على أنه بالخيار، وفى مدة الخيار باعها لشخص غير الأول أو رهنها، فان هذا يكون فسخاً للعقد، وإذا تصرف المشترى المشروط له الخيار فى المبيع محل العقد تصرف المالك بأن آجره لغيره أو رهنه، أو باعه يعتبر ذلك منه إمضاء للعقد.

وإمضاء العقد أو فسخه ينفذ إذا صدر من صاحب الخيار سواء كان بالقول أو بالفعل علم بذلك الطرف الآخر أو لا.

وخالف أبو حنيفة ومحمد فى صورة الفسخ بالقول فشرطا لنفاذه أن يكون بحضرة الطرف الآخر، أو أن يعلم به قبل انقضاء مدة الخيار، فإذا لم يتحقق ذلك الشرط وانقضت مدة الخيار لزم العقد، ولا يترتب على هذا الفسخ أى أثر، وعلل هذا الرأى بأن الفسخ من غير إعلام الطرف الآخر قد يلحق به ضرر، لأن المشترى قد يتصرف فى المبيع ظناً منه أن البائع باق على عقده فيجب

عليه الضمان ، والبائع قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر لسلعته اعتقاداً منه أن المشترى لم يفسخ العقد ، فاشتراط العلم من الطرف الآخر يمنع وقوع هذا الضرر ، ولا شك أن الرأى الأول أوجه ، لأنه متى ثبت حق الفسخ باتفاق العاقدين فلا معنى لتقييده بشىء آخر بعد ذلك .

هذا إذا كان الخيار لواحد ، أما إذا كان الخيار لهما معاً ملك كل واحد منهما إمضاء العقد وفسخه ، فإذا فسخه أحدهما انتهى العقد ، ولم يبق لخيار الآخر وجه ، لأن بقاءه كان مرهوناً ببقاء العقد ، فلما زال العقد سقط ذلك الخيار ، وإذا أمضاه أحدهما بقى الآخر على خياره لوجود العقد ، فإن أمضاه نفذ ولزم ، وإن فسخه بطل ، لأن حق كل منهما تام ومستقل عن الآخر .

أثر الخيار فى العقد : لا نزاع بين الفقهاء فى أن الخيار يؤثر فى العقد ، فيمنع لزومه بالنسبة لمن له الخيار حتى يبت فيه بالإمضاء فيلزم ، ولكنهم اختلفوا فى أن هذا العقد تترتب عليه آثاره وأحكامه أو لا .

فذهب الحنفية والإمام مالك ، ووافقهم أحمد فى قول عنه إلى أن أحكام العقد لا تترتب عليه مادام الخيار قائماً ، فاذا كان الخيار للبائع لا يخرج المبيع عن ملكه ، ولا يجبر المشترى على دفع الثمن ، وإذا كان الخيار للمشترى لا يخرج الثمن عن ملكه ، ولا يلزم البائع بتسليم المبيع إليه ، ووجهتهم فى ذلك : أن العقد فى أصل وضعه لازم ، والخيار منع لزومه بالاتفاق ، والأحكام التى تترتب على العقد اللازم غير الأحكام التى تترتب على العقد غير اللازم ، فلو قلنا بترتيب الأحكام على العقد المشروط فيه الخيار لكنا مرتبين أحكاما عليه غير أحكامه . على أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد ، والأحكام لا توجد إلا مع الرضا التام .

وذهب الحنابلة فى(1) أظهر القولين عندهم إلى أن الأحكام تترتب على هذا العقد ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وهو قول للشافعى(2) ، لأنه عقد صحيح نافذ ، وهو سبب صحيح لترتب الأحكام عليه ، ولا يوجد مانع يؤخر ثبوت هذه الأحكام ، وأثر الخيار قاصر على منع اللزوم فقط لا يتعداه إلى شىء آخر.

ثمرة الخلاف تظهر فى مؤنة المبيع والزيادة فيه ، فعلى الرأى الأول تكون المؤنة على البائع والزيادة له ، وعلى الرأى الثانى تكون المؤنة على المشترى ، والزيادة له .

ثم إن الحنفية قرروا بالاتفاق أن من له الخيار لا يخرج الشىء الذى تعلق به العقد من ملكه ، وأن من لا خيار له بالعكس يخرج الشىء من ملكه ، ولكنهم اختلفوا فى دخوله فى ملك الآخر ، وهو صاحب الخيار ، فأبو حنيفة يرى أنه لا يدخل فى ملك الآخر ، لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد ، وليس له نظير ، بل يبقى موقوفا حتى يبت فى العقد ، فان أمضى ظهر أنه دخل فى ملكه من وقت صدور العقد ، وإن فسخ ظهر أنه ملك لصاحبه .

ويرى الصاحبان أنه يدخل فى ملك الآخر تفاديا من وجود مال متقوم لا مالك له .

انتهاء الخيار : ينتهى خيار الشرط بأمور . ١ — إمضاء العقد أو فسخه مدة الخيار سواء كان ذلك صريحا أو دلالة كما سبق بيانه .

٢ — مضى مدة الخيار من غير اختيار أحد الأمرين .

٣ — تعيب محل العقد أو هلاكه فى يد المشترى بعد قبضه إذا كان الخيار

---

(1) راجع المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٧١ .

(2) والقول الثانى للشافعية : أن الأحكام تترتب إذا كان الخيار لواحد منهما ، وإذا كان لهما معاً توقفت الأحكام حتى يبت فى العقد .

له ، ذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض، وبعد هلاكه لا يمكن رده ، وإذا تعيب يمتنع رده ، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإبقاء الخيار ، ويستوى فى ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أو بفعل غيره أو بآفة سماوية .

٤ — زيادة محل العقد بعد قبضه زيادة متصلة — سواء أكانت متولدة منه كسمن الحيوان ، أم لا . كالبناء والأشجار — أو زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان وثمرة البستان .

٥ — موت من له الخيار عند الحنفية والحنابلة لأن خيار الشرط لا يورث عندهم ، لأنه رغبة ومشيئة ، ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث .

والمالكية والشافعية على العكس من ذلك يذهبون إلى وراثة هذا الخيار لأنه حق متعلق بالمال ، وأثر من آثار العقد ، وليس من الحقوق الشخصية(١)

خيار العيب

معناه : سببه ومشروعيته. شروطه. حاجته إلى الرضا أو القضاء . وقته . العقود التى يدخلها . أثره فى العقد موانعه . متى يرجع بالنقصان عند امتناع الرد؟

(١) أبان ابن رشد فى بداية المجتهد سبب الخلاف فى هذا الموضع فقال : «ان الاصل عند المالكية والشافعية هو أن الحقوق تورث كالأموال إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال ، وأن الأصل عند الحنفية هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فموضع الخلاف هو . هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أولا ، ثم لما بين اختلافهم فى وراثة بعض الخيارات واتفاقهم على البعض الآخر قال : إن سبب اختلافهم هو . أن من انقدح له فى شىء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه » راجع بداية المجتهد ج٢ ص ١٨٤ .

وراجع أيضاً الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٨٣ وما بعدها .

خيار العيب هو أن يكون للمتملك الحق فى إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً فى محل العقد المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد

فسببه إذن ظهور عيب كان موجوداً بمحل العقد قبل أن ينتقل إلى يد المتملك ولم يظهر منه ما يدل على رضاه به ، وإنما ثبت له هذا الحق فى تلك الحالة لانعدام رضاه بالعقد حيث كان يبغى السلامة فى المعقود عليه ليكون انتفاعه به انتفاعا تاما ، فلما فاتت سلامته بوجود العيب أثبت الشارع له حرية الإبقاء على العقد ، أو إلغائه ، فإن شاء تمسك بحقه كاملا ، وأزال عن نفسه هذا الالتزام مالم يوجد مانع يمنع من ذلك وإن شاء تغاضى عما يصيبه من ضرر ، وأبقى العقد كما كان .

ولذلك نجد الشارع فى أحاديث كثيرة يحذر من الغش ، ويرشد المتعاملين إلى أن يكشفوا عما فى سلعهم من عيوب حتى لا يلحقوا الضرر بمن تعامل معهم (١) وأخيراً

ترفع إليه قضية بين رجلين ابتاع أحدهما من صاحبه غلاما ، فلما اقام عنده مدة من الزمن وجد به عيباً فأراد رده إلى من اشتراه منه ، فأبى الآخر فيحكم رسول الله برد الغلام على مالكه الأول ، فيتعلل ذلك الرجل قائلا : يارسول الله لقد استغل غلامى هذا : فيقول رسول الله له ، « الخراج بالضمان » (٢) .

---

(١) من هذه الأحاديث ما رواه مسلم من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه فاذا به مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » . وفى حديث آخر يقول : « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له » .

(٢) هذا حديث صحيح رواه أحمد وأصحاب السنن الخمسة « أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان » كما يقول صاحب الأشباه .

العيب الذى يثبت به الخيار : وإذا كان السبب فى ثبوت هذا الحق هو فوات الرضا كما بينا ، فلا يكون كل ما يصدق عليه اسم العيب موجباً للخيار ، بل لا بد وأن يكون له أثر فى رضا العاقد ، والفقهاء مختلفون فى تحديده .

فالحنابلة يفوضونه إلى العرف ، فيقولون إنه نقيصة يقتضى العرف سلامة المبيع منها غالباً .

والحنفية فى أغلب كتبهم يذهبون إلى أنه العيب الذى تنقص بسببه قيمة الشىء عند التجار ، وأهل الخبرة أى نقص ولو كان يسيراً . (١)

والشافعية يقولون : إنه العيب الذى تنقص بسببه القيمة ، أو يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب عدم وجوده فى مثل هذا المحل ، فإذا اشترى شخص ثوباً أو حذاء فوجده ضيقاً كان ذلك عيباً يثبت معه خيار الرد له وإن لم يتسبب عنه نقصان فى القيمة .

وهنا نجد ابن عابد بن الحنفى يقول : إن تعريف الحنفية مبنى على الغالب ، فيجب

= وموضوع الحديث أن الشىء الذى تكون مؤنته على شخص وإذا تلف يكون تلفه عائداً عليه يقال لذلك الشىء إنه فى ضمانه ، وبمقابلة هذا تكون منافعه خاصة به سواء انتفع بها بنفسه أو تنازل عنها ، وهذا العبد كان فى ضمان مشتريه فى هذه الفترة ، لان مؤنته كانت عليه ، ولو تلف يكون تلفه من ماله لا يرجع على غيره بشىء ، فما أخذه من غلته وأجرته كان مباحاً له بسبب هذا الضمان ويسرى هذا الحكم فى كل شىء رده مشتريه بسبب عيب بعد أن قبضه واستغله من غير أن يعلم بما فيه من العيب . راجع شرح المجلة العدلية للأتاسى ج ١ ص ٢٤ .

(١) هذا فى التحقيق راجع إلى التفويض للعرف لأن المقصود من الشىء ما ليته ، فإذا وجد به ما ينقص قيمته كان عيباً ، والنقص فى القيمة لا يعرفه إلا التجار .

تقييد هذا الضابط بما قيده (١) به الشافعية .

وأنت ترى أن رأى الحنابلة أحسن الآراء ، لأن الشىء إذا لم يحدده الشارع يكون مفوضاً إلى العرف .

شروط ثبوت الخيار بالعيب : يشترط لثبوت هذا الخيار بعد تحقق العيب شروط

١ — أن يكون ذلك العيب موجوداً فى محل العقد قبل أن يتسلمه المتملك سواء أكان وجوده سابقاً على العقد ، أم حدث بعد العقد وقبل القبض ، فإذا كان العيب الذى ظهر حدث عند المشترى لا يكون له الخيار ، لأن المعقود عليه وصل إلى يده سليماً وهو ما يقتضيه العقد ، فلا معنى لثبوت الخيار فى هذه الحالة

٢ — ألا يرضى المتملك بذلك العيب بعد ، وهذا الرضا يتحقق بعلمه بوجود العيب وقت التعاقد ، أو بتصرفه فى المعقود عليه تصرف المالك بعد علمه بوجوده وهو تحت يده .

٣ — ألا يزول ذلك العيب بعد القبض ، فإذا اشترى حيواناً مريضاً بمرض خفى عليه حين التعاقد ، ثم ظهر له بعد القبض ، ولكنه شفى من هذا المرض قبل طلب الفسخ ، أو بعده ، وقبل أن يقضى به سقط حقه فى طلب الفسخ ، لأن الموجب للخيار هو فوات السلامة المعدمة للرضا ، وبعد زوال المرض عادت السلامة فيعود معها الرضا .

٤ — ألا يشترط المملك فى العقد براءته من العيوب التى تظهر فى محل العقد كأن يقول له : بعتك هذا الحيوان ، ولست ملزماً بما فيه من العيوب أو ليس لك حق الرد بخيار العيب ، وقبل المشترى ذلك ، فإنه لا يملك فسخ العقد بأى عيب

---

(١) يقول الأتاسى فى شرح المجلة ج٢ س٢٩٥ تعليقاً على كلام ابن عابدين : إن الزيادة فى التعريف مبنية على عدم التفرقة بين خيار الوصف وخيار العيب كما ذهب الشافعية ، ولكن الحنفية يفرقون بينهما ، وحينئذ لا داعى للزيادة فى التعريف ، اه ملخصاً .

عند الحنفية ، ويوافقهم الشافعية فى أحدا القولين عندهم .

وخالف المالكية والحنابلة فى ذلك وقرروا أن هذا الشرط غير صحيح ، فإذا ظهر العيب القديم الموجب للرد ، كان للمشترى خيار الرد، ولا أثر للشرط السابق ، واستثنى الحنابلة العيب الخاص الذى يسميه البائع ويبرئه المشترى منه فيمتنع الرد به ، والمالكية استثنوا بيع الرقيق ، وبيع الحاكم على المفلس وبيع الوارث لقضاء دين ، أو تنفيذ وصية ، فإن شرط البراءة فيها صحيح ، فلا يثبت الرد لمن قبل هذا الشرط .

تلك هى شروط ثبوته ، فإذا تحققت الشروط ثبت الخيار من غير اشتراط فى العقد عكس خيار الشرط ، لأنه حق أثبته الشارع فلا حاجة إلى اشتراطه صراحة

هل يحتاج الفسخ فيه الى التراضى أو القضاء : يذهب (١) الشافعية والحنابلة إلى أن صاحب الخيار يملك فسخ العقد ورد المعقود عليه إلى مالكه الأول من غير توقف على رضاه أو حضوره ، أو حكم حاكم سواء كان الرد قبل القبض . أو بعده ، فمتى أعلن فسخ العقد أصبح غير مسئول عن المبيع .

والحنفية يفصلون فى المسأله فيقولون : إن كان الرد قبل القبض ، وفى حضرة الطرف الآخر انفرد به صاحب الخيار . على معنى أنه لو قال بحضرة العاقد الآخر : أبطلت العقد ، أو فسخته وإن لم يقبل الآخر ، وإن كان فى غيبته لا ينفسخ إلا إذا علم به ، وإن كان بعد القبض فلا بد فى بطلان العقد من رضا الآخر أو قضاء القاضى عند إبائه (٢) .

---

(١) راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع فى هذا الموضع ,

(٢) والفسخ بالتراضى بعد القبض يعتبر فسخا للعقد فى حق المتعاقدين وبيعا جديداً بالنسبة لغيرهما فيثبت حق الشفعة حينئذ للشفيع إذا كان المبيع عقاراً ، وفى غير هذه الصورة يكون الرد فسخاً فى حق العاقدين وفى حق غيرهما ، وعلى ذلك لا تثبت فيه الشفعة .

والسبب فى هذه التفرقة: أن العيب الذى ظهر بعد القبض يحتمل أن يكون جديداً لا يوجب الرد كما يحتمل أن يكون قديماً موجباً له. ومثل هذا يكون مثار نزاع غالباً بين المتعاقدين، فلذلك شرط، إما التراضى أو قضاء القاضى، لأن كلا منهما قاطع للنزاع، بخلاف العيب الذى ظهر قبل القبض، فإنه لا يستطيع المملك إنكاره أو دعوى حصوله عند المتملك، فلا يتصور فيه نزاع، فثبت الحق لمن له الخيار منفرداً.

ثم إن رضا المملك بالرد عندهم كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل كتسلم المعقود عليه من المتملك عند رده عليه.

وقت هذا الخيار: ليس لهذا الخيار وقت محدد عقب العقد كما فى خيار الشرط بل ذلك يثبت متى ظهر العيب الموجب للرد حتى ولو كان بعد العقد بزمن طويل، وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء، وإنما الخلاف بينهم فى أمر آخر هو. هل يجب على الفور بمجرد ظهور العيب، أو على التراخى؟

فالشافعية والمالكية يشترطون أن يكون على الفور، فتأخير الرد بدون عذر مسقط لحقه فى الرد، إلا أن المالكية قدروا الفور بيومين، وما زاد يكون تراخياً مالم يوجد عذر، والشافعية فوضوه إلى العرف، فما تعارفه الناس تراخياً فى الرد يسقط الخيار، ومالم يتعارفوه كذلك يكون فوراً غير مسقط له.

والحنفية والحنابلة لا يشترطون الفورية، بل يجوز عندهم على التراخى؛ فمتى ثبت الحق استمر، وله أن يستعمله فى أى وقت شاء طال الوقت أم قصر مالم يوجد مايدل على التراضى، لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المتحقق، فلا يبطل بالتأخير إلا إذا اقترن التأخير بما يدل على الرضا، ولأن الأصل فى الحقوق إذا ثبتت أن تستمر مالم يوجد توقيت لها، وهو لم يوجد حيث لا دليل عليه.

العقود التي يدخلها خيار العيب: وخيار العيب يثبت فى عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معيناً بالتعيين (أي مشخصاً)، أما عقود غير المعاوضة، وعقود المعاوضة التي يتعين المعقود عليه فيها بالوصف فلا يدخلها خيار العيب؛ لأن المعقود عليه إن تحققت أوصافه قبضه، وإن لم تتحقق هذه الأوصاف فلا يكون محل العقد موجوداً.

ومن هنا قالوا: إنه يثبت فى عقود البيع الوارد على عين مشخصة والإجارة كذلك، وقسمة الأعيان القيمية، والصلح إذا كان بدله عيناً مشخصة، فإذا وجد عيب فى المعقود عليه فى عقد من هذه العقود الأربعة سواء كان العيب فاحشاً أو يسير أثبت الخيار لمتملكه، إن شاء أبقى العقد، وإن شاء فسخه

وهناك أمور أخرى يثبت فيها خيار العيب بشرط أن يكون العيب فاحشاً وهى المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد(1).

أثره فى العقد: هذا الخيار لا يؤثر فى ترتب أحكام العقد باتفاق الفقهاء، بل الاحكام تترتب عليه بمجرد تمامه لا يؤخرها ثبوت ذلك الخيار، وإنما أثره يظهر فى لزوم العقد فيمنعه بالنسبة إلى من ثبت له الخيار، وهو فى هذه الحالة مخير بين أمرين، إما إمساك المعقود عليه، والرضا به كما هو فيلزم العقد فى جانبه حينئذ، وإما رده إلى مالكه الأول، فيبطل العقد، ويصير كأن لم يكن وليس له أن يمسك محل العقد ويطالب بالنقصان، لأن السلامة من العيب وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تابعة المعقود عليه، إلا

---

(1) راجع شرح المجلة جـ ٢ ص ٢٨٩.

إذا صارت مقصودة فيقابلها(١) جزء منه ، ولكن إذا رضى البائع بدفع قيمة النقص فى نظير عدم رد المبيع المعيب عليه جاز ذلك ويجعل حطا من الثمن وهو جائز مشروع .

وحق الرد ثابت مالم يوجد مانع يمنع منه ، والموانع كثيرة ، منها :

١ — إذا رضى بالعيب ، لأن الرضا به دليل على أن سلامة المعقود عليه ليست مقصودة له ، ولا يتوقف رضاه بالعقد عليها ، وحينئذ لايكون هناك معنى لإثبات الخيار ، لأن الأصل هو لزوم العقد ، ويستوى فى ذلك الرضا الصريح ، كأن يصدر منه قول يدل على ذلك ، نحو رضيت بالعيب ، أو أمضيت العقد ، أو التزمت به ، وما شاكل ذلك ، والرضا دلالة ، كأن يتصرف فيه تصرف المالك ـ بعد أن يعلم بالعيب بأن يؤجره لغيره ، أو يرهنه ، أو يعيره ، أو يستغله هو بنفسه ، كما إذا كانت دابة فركبها ، أو قماشا فقطعه ليخيطه ثوباً ، أو ثوباً فصبغه ، وكذلك لو أخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة سواء كان عالماً بالعيب ، أو غير عالم به ، لأنه بتمليكه للغير تعلق به حق لذلك الغير ، فيمتنع الرد محافظة على ذلك الحق (٢).

٢ — إذا أسقط الخيار صريحاً . كأن يقول : أسقطت الخيار ، أو دلالة ، كما إذا أبرأه من هذا العيب فإن الإبراء يحمل فى طيه اسقاط الخيار .

---

(١) تصير مقصودة بأحد أمرين : ١ — الإتلاف من البائع كما إذا عيبه بيده قبل القبض . ٢ — بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحق البائع أو لحق الشرع بأن نقص أو زاد فى يد المشترى ، راجع شرح المجلة جـ ٢ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ « وسيأتى توضيح ذلك قريباً » .

(٢) وفى هذه الحالة اذا رده المتملك الثانى عليه بالعيب كان له رده الى الاول فى جميع صور الرد عند الشافعية ، وفى بعضها فقط عند الحنفية .

٣ ــ إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد فى يد من له الخيار ، سواء كان هذا العيب نقصاً فى ذاته ، أو بما ينقص قيمته، وهذا المنع كاترى ـ مراعاة لحق المالك الأول ، وإذا كان التعيب مانعاً من الرد لما فيه من الضرر ، فلا يتصور الرد بعد هلاكه ، وقريب من هذا ما إذا تغير تغيراً تاماً ، كان يكون قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فعجنه ، وما شاكل ذلك .

٤ ــ زيادة المعقود عليه فى يد من له الخيار زيادة متصلة غير متولدة منه كصبغ الثوب ، والبناء وغرس الأشجار فى الأرض ، أو زيادة منفصلة متولدة منه ، كالولد واللبن والصوف من الحيوان ، والثمر من الشجر إذا كانت حاصلة بعد القبض، وما عدا ذلك من أنواع(١) الزيادة لا يمتنع معها الرد.

أما امتناع الرد فى الصورة الأولى ، فلأن الرد لا يكون إلا لمحل العقد وحده حتى يكون فسخاً . وهذه الزيادة لا يمكن فصلها عن محل العقد ، فيتعذر رد المحل وحده ، فلو رده كانت الزيادة معه فيكون رباً

وأما امتناعه فى الصورة الثانية فلأن الرد فى هذه الحالة إن كان بدون الزيادة أخذها المتملك بدون عوض ، فتكون رباً ، ولو رده مع الزيادة لأخذها الآخر بدون مقابل ، فظهر من هذا أن امتناع الرد فى صورة النقص لحق المملك ، وفى صورة الزيادة لحق الشارع لأنه حرم الربا .

والشافعية والحنابلة يذهبون إلى أن الزيادة لا تمنع الرد ، متصلة كانت أو منفصلة حصلت قبل القبض أو بعده .

---

(١) كالزيادة المنفصلة المتولدة منه قبل القبض ، والزيادة المنفصلة اذا لم تكن متولدة منه كالغلة مثلا ، والزيادة المتصلة المتولدة منه كسمن الحيوان اذا كان هزيلا ، أو كبره اذا كان صغيراً ، فإن هاتين لا يمنعان الرد سواء كانتا قبل القبض أو بعده.

وفى المتصلة يردها مع الأصل ، ولا يأخذ عنها عوضا ، والمنفصلة تكون للمتملك إذا حصلت والمعقود عليه فى ملكه أو ضمانه .

هذا إجمال الأمور التى يمتنع بها الرد ، فيتعين على المتملك إمساك المعقود عليه ناقصا عند وجود واحد منها .

ولكن هل يسوغ له مع هذا الامتناع أن يرجع على المملك بالنقصان أو لا؟ والجواب عن هذا التساؤل إجمالا ، إنه يجوز له الرجوع فى بعض الصور ويمتنع عليه فى الباقى ، فله الرجوع فى الحالات الآتية . إذا هلك المعقود عليه ، أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله ، وكذلك إذا تعيب بفعله ، أو استهلكه ، كأن يكون قماشاً فقطعه ثوباً أو كان طعاماً فأكله بشرط ألا يكون عالماً بما فيه من العيب ، فإن كان عالماً به لا يرجع بالنقصان ، لأنه بفعله هذا يكون راضياً بالعيب ، وكذلك يرجع بالنقصان فى حالة الزيادة المانعة من الرد .

وليس له الرجوع فيما إذا رضى بالعيب صريحاً أو دلالة ، أو أسقط خياره أو أخرج الشيء المعيب[1] عن ملكه .

---

(١) هذه الصورة الأخيرة فيها تفصيل فيرجع بالنقصان فى بعض الصور ، ولا يرجع به فى بعضها الآخر ، وضابط ذلك كما جاء فى الزيلعى والفتاوى الهندية : أنه فى كل موضع أمكن المشترى رد المبيع القائم فى ملكه على البائع برضاه ، أو بدونه فاذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهه لا يرجع بالنقصان ، لأنه بالبيع فوت على نفسه حقه الأصلى وهو الرد ، وفى كل موضع لا يمكنه رده على البائع فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان . لأنه باخراجه عن ملكه لم يفوت على نفسه الرد ؛ لأن الرد كان ممتنعاً قبله .

والحاصل أن امتناع الرد إذا كان بفعل من قبل المتملك لا يرجع بالنقصان لجواز أن يقول المملك : لو لم يحصل فيه ذلك لقبلته وأعطيته مادفعه كاملا ، وإن كان بسبب لادخل له فيه جازله الرجوع بالنقصان .

وطريقة معرفة مقدار النقصان . أن يقوم المعقود عليه وقت العقد على أنه سليم من العيب ، وعلى أنه معيب ، والفرق بين القيمتين ينسب إلى قيمته وهو سليم ، ثم ينقص من الثمن بنسبة هذا النقص ، فمثلا لو اشترى شيئاً بـ ٢٠٠ جنيه وقيمته وهو سليم ٢٥٠ جنيها ، وقيمته وهو معيب ٢٠٠ جنيه فتكون قيمة الفرق تساوى خمس القيمة أى ٢٠٪ ، فينقص من الثمن مقدار الخمس وهو ٤٠ جنيهاً .

خيار العيب والإرث : الأئمة الثلاثة « مالك والشافعى وأحمد » — بناء على أصلهم ، وهو أن الحقوق المتعلقة بالمال تورث كالمال — يذهبون إلى أن هذا الخيار يورث ، فلو مات المتملك قبل أن يرد المعقود عليه بالعيب حل ورثته محله فى هذا الحق فيثبت لهم ما كان ثابتاً له .

والحنفية يقولون بثبوت هذا الحق للورثة أيضاً ، لكن لا على أنه حق مورث ، بل على أنهم خلفاء الميت فى هذا المال ، وهو قد استحقه سليما من العيوب ، فهم يستحقونه كذلك ، فثبت لهم خيار العيب ابتداء لهذه الضرورة.

بقيت مسألة أخيرة كثيرة الوقوع ، وهى ما إذا كان العيب لا يطلع عليه إلا بإحداث عيب آخر ، وهذا يكون فيما يؤكل باطنه فقط دون ظاهره ، كالجوز واللوز والبيض والبطيخ، فإن المشترى لا يعرف عيبها إلا بكسرها، والكسر عيب.

وهذه المسألة فيها تفصيل ؛ لأنه إما أن يجده كله فاسداً ، أو يجد بعضه فاسداً فقط، وهذا البعض. إما أن يكون قليلا بحيث لا يعد عيباً فى العرف أو يعتبر عيباً.

فإذا وجده كله فاسداً كان البيع باطلا بالاتفاق ، لان محل العقد هنا ظهر أنه ليس بمال ، فيرجع بكل الثمن .

وإذا وجد بعضه فاسداً ، وهو قليل لايعد عيباً فى عرف الناس لايرجع بشىء بالاتفاق ، والعقد صحيح لاشىء فيه ، لان الأشياء فى الغالب لاتخلو عن مثله .

وفى الصورة الاخيرة ، وهى فساد البعض الذى يعد فى العرف عيباً اختلف الفقهاء ، فذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والامام أحمد إلى أنه يصح العقد فى الصحيح ، ويبطل فى الفاسد ، فيرد ذلك الفاسد ، ويرجع بحصته من الثمن ، ولايرد الكل .

وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع يبطل فى الكل ، لأن المبيع فيه جزء ليس بمال ، والفرض أنه صفقة واحدة .

والامام الشافعى يثبت الخيار للمشترى بين الرد والرجوع بكل الثمن ، وبين إبقائه وعدم الرجوع بشىء ، لان المبيع صفقة واحدة ، فإما أن يأخذها كلها أو يردها كلها ، والكسر لمعرفة العيب لايعد عيباً مانعاً من الرد .

خيار الرؤية

معناه . مشروعيته والخلاف فيها ، شروط ثبوته ، المراد بالرؤية لمن يثبت ، العقود التى يدخلها ، أثره فى العقد ، رفته ، مسقطاته

خيار الرؤية فى اصطلاح الفقهاء : هو حق يثبت بمقتضاه للتعاقد أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه حين التعاقد ، أو قبله بوقت لا يتغير فيه .

ومعنى هذا . أن الشخص إذا باع شيئاً معيناً مشخصاً ، كالدار التى فى جهة كذا

أو السيارة المملوكة لى ، ويبين المبيع للمشترى بأوصافه من غير أن يره ففى هذه الحالة يقال : إن المشترى اشترى شيئاً معينا لم يره ، وحينئذ يثبت للمشترى الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية محل العقد فى أى وقت ، وهذا الخيار ثبت بسبب عدم الرؤية

وإنما ثبت هذا الخيار، لأن الشىء المعين مهما بالغ الإنسان فى وصفه لا تبلغ معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية فيكون رضاه به غير تام، والرضا التام أساس صحة العقود ولزومها .

مشروعيته : إذا كان سبب هذا الخيار هو عدم رؤية محل العقد عند التعاقد فيكون موضعه التعاقد على شىء غائب، وصحة العقد على الشىء الغائب موضع خلاف بين الفقهاء .

فالشافعى (١) فى مذهبه الجديد يذهب إلى أن العقد على الغائب لا يصح، ومن ثم

---

(١) هذا الرأى عند الشافعى لا يصحح بيع الغائب مطلقاً سواء وصف أو لم يوصف . وفى قول آخر له يصح بيع الغائب إذا كان موصوفا بما يخرجه عن الجهالة ، وعلى هذا الرأى يثبت فيه خيار الرؤية ولكنه يتحدد بمجلس الرؤية .

والمالكية يصححون بيع الغائب فى إحدى صورتين — ١ — إذا وصف بما يبين جنسه ونوعه — ٢ — إذ لم يوصف ولكنه اشترط الخيار عند رؤيته فإذا لم يوجد وصف ولا اشتراط لا يصح بيع الغائب .

وعلى هذا يكون مذهبه غير معترف بخيار الرؤية الذى يقول به الحنفية .

والحنابلة يصححون بيع الغائب بشرطين — ١ — أن يكون المبيع من الأشياء التى يصح فيها السلم وهى الأشياء التى يمكن تعيينها بالوصف — ٢ — ان يصفه بالصفات التى تضبطه وهى الأوصاف التى ترتب على ذكرها وعدمه اختلاف فى الثمن غالباً .

فإذا باع غائبا من غير وصف بعينة كان البيع غير صحيح وإذا باع الموصوف جاز له رده اذا لم يجده على الصفة التى عينها أو وجد به عيبا .

لا يكون لهذا الخيار موضع عنده فى العقود الصحيحة ، واستدل له على ذلك: بأن بيع الغائب بالوصف فيه غرر وجهالة قد تفضى إلى النزاع ، والرسول نهى عن بيع الغرر كما رواه مسلم عن أبى هريرة .

والحنفية يقولون بمشروعية هذا الخيار مستدلين بما رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبدالله أرضاً بالبصرة لم يرها واحد منهما ، ولما قيل لكل منهما إنك قد غبنت قال: لى الخيار ، حكما جبير بن مطعم بينهما فحكم بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فهذه القصة تدل على مشروعية خيار الرؤية ، لأنه لو لم يكن مشروعاً لما حكم به جبير ، وهناك حديث يرويه الفقهاء فى كتبهم وهو «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه» ولكنه حديث ضعيف مطعون فى صحته كما يقول صاحب نصب الراية(1) .

ونحن إذا نظرنا إلى الحكمة التى من أجلها شرع خيار الشرط الذى ورد به نص خاص ، وخيار العيب المتفق عليه كذلك بين الفقهاء نجدها متحققة فى خيار الرؤية ، لأن الشخص قد يضطر إلى شراء شيء غائب عنه لحاجته إليه خوفاً من فوات السلعة إن هو أخر العقد حتى يرى المعقود عليه وفى الوقت نفسه لو ألزمناه به من غير ثبوت الخيار له لألحقنا به الضرر حينما يجد هذه السلعة غير موافقة لغرضه ولا محققة لمقصوده .

والجهالة التى فى محل العقد بعد وصفه لا تفضى إلى النزاع ، فلا تدخل تحت الغرر المنهى عنه ، وحينئذ يترجح القول بمشروعية هذا الخيار .

شروط ثبوته : من ثنايا الكلام السابق نستطيع أن نقول : إن خيار الرؤية لا يثبت إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ — أن يكون محل العقد معيناً بالتعيين كما مثلنا ، أما إذا كان معيناً بالوصف فإنه لا يثبت خيار الرؤية ، بل الذى يثبت هو خيار فوات الوصف

---

(1) ج ٤ ص ٩ .

لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه لزم العقد وإلا فلا عقد لعدم وجود محله .

٢ — أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ليمكن فسخه ، فإن كان غير قابل للفسخ كعقد الزواج والخلع ، والصلح عن دم العمد ، فإنه لا يفيد معه ثبوت الخيار ، فلا العقد يفسخ ، ولا المال — من المهر وبدل الصلح — يرد .

٣ — ألا يكون العاقد قد رأى محل العقد عند التعاقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه فإن كان رآه فى إحدى الحالتين لا يثبت له خيار لانعدام سبب الخيار ، وهو عدم الرؤية .

٤ — وأخيراً يثبت هذا الخيار عند رؤية المحل المعقود عليه فى أى وقت ، وعلى هذا إذا اشترى شيئاً لم يره لا يثبت له خيار الرؤية .

المراد بالرؤية : والفقهاء يريدون من الرؤية هنا فى الموضعين(١) ما هو أعم من معناها اللغوى ، وهو العلم بالمقصود الأصلى من العقد بأى حاسة من من الحواس ، سواء كان بالشم أو بالذوق أو باللمس أو بالنظر ، فتكون بالشم فى المشمومات كالروائح ، و بالذوق فى المذوقات كالأطعمة ، و باللمس فى الأشياء التى لا نعرف حقيقتها إلا بالجس واللمس كما فى بعض أنواع الاقمشة وبالإبصار فيما لا يحتاج إلى شىء آخر كالبناء والحبوب .

وعلى هذا تتحقق الرؤية من الأعمى بما عدا الأخير ، وفيما يبصر يوصف له وصفاً كافياً ، أو بوكل من يثق فيه ليراه بدله .

والعبرة فى الرؤية بما يتحقق معه المقصود ، فإذا كان الشىء تتساوى أجزاؤه كالقمح والقطن والقماش ، أو آحاده كالبرتقال والليمون مثلا فيكتفى برؤية

---

(١) الرؤية قبل العقد التى يسقط بسببها الخيار بحيث يكون قد اشترى ما رآه ، والرؤية بعد الشراء وهى التى تكون بحيث لو صدر بعدها من المشترى ما يدل على الرضا يسقط خياره .

بعض الأجزاء أو الوحدات المسمى « بالنموذج »(١) . وإن كان غير ذلك فلابد من رؤية الكل كالبناء والدواب . فإذا اشترى داراً لا يكفى فى رؤيتها بعض حجراتها ، وإذا اشترى قطيع غنم فلا يكفى أن يرى منه واحدة أو أكثر .

ثم إن هذا الخيار يثبت من غير اشتراط فى العقد ، لأنه حق أثبته الشارع سواء شرطه العاقد أو لا .

لمن يثبت هذا الخيار ؟ : لا نزاع بين القائلين بشرعيته فى أنه يثبت للمتملك ، وهو المشترى فى عقد الشراء مثلا ، ولكنهم اختلفوا فى ثبوته للمملك الذى ملك غيره مالم يره ، كالبائع إذا باع مالا من غير رؤيته ، ويتصور ذلك فيما إذا ورث شخص مالا عن قريب له ، وقبل رؤيته لهذا المال باعه لغيره ، فإنه يصدق عليه فى هذه الحالة أنه باع مالم يره .

فبعض الحنفية يقول بثبوته له كما يثبت له للمشترى ، لأن العلة فى ثبوت الخيار دفع الضرر ، وهذا البائع محتاج إليه كالمشترى ليدفع عن نفسه الضرر فيما إذا لحقه غبن من هذا العقد .

ويذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوته ، لأن دليل شرعيته ، وهو قصة عثمان وطلحة ثبت فيها الخيار للمشترى دون البائع ، وكذلك الحديث — إن صح — صريح فى ثبوته للمشترى فقط ، وإذا كان الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس والقاعدة فى العقود ، فيقتصر فيه على ما ورد به النص ، ولا يتوسع فيه على أنه لا حاجة الى اثباته فى جانب البائع ، لأنه يندر أن يبيع شيئاً من غير أن يره ، ولو فعل كان مقصراً بخلاف المشترى فإن شراءه لما لم يره يقع كثيراً فى الحياة العملية

---

(١) النموذج بفتح النون كلمة ليست عربية الأصل ، معربة ويراد بها مثال الشىء والأنموذج مصحف .

العقود التي يثبت فيها : والذاهبون الى شرعية خيار الرؤية أثبتوه فى عقود أربعة : ١ - البيع إذا كان محله مالا معينا بالتعيين أى مشخصاً ، أما إذا كان معيناً بالوصف كما فى السلم فلا خيار فيه - ٢ - والإجارة إذا كانت واردة على محل مشخص كسيارة بذاتها ، أو دار معينة - ٣ - والقسمة فى الأموال القيمية ، فإنه إذا قسم المال القيمى بين الشركاء ولم يكن أحدهم رأى نصيبه عند القسمة ثبت له الخيار -٤- والصلح فى دعوى المال إذا كان بدل الصلح مالا معيناً كذلك ، لأن الصلح فى هذه الحالة عقد مبادلة ، فيكون فى معنى عقد البيع .

أثر هذا الخيار فى العقد : هذا الخيار لا أثر له فيما يترتب على العقد من آثار فيثبت الملك فى البدلين للعاقدين بمجرد تمام العقد ، ولكن أثره يظهر فى لزوم العقد فيمنع لزومه بالنسبة لمن ثبت له الخيار حتى يبت فى العقد بإمضاء فيلزم ، أو بالفسخ فيرتفع العقد ، وإذا كان الفسخ بمقتضى خيار الرؤية لا يثبت إلا بعد الرؤية ، فقد يوهم هذا أن العاقد لا يملك الفسخ قبلها ، ولكن الصحيح فى مذهب الحنفية أنه يملك الفسخ قبلها لكن لا بمقتضى الخيار بل بناء على عدم لزوم العقد .

ويلاحظ هنا ، أن الفسخ سواء كان قبل الرؤية أو بعدها قبل القبض أو بعده لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ، ولا على قضاء القاضى ، وإنما تتوقف صحته على علم الطرف الآخر فقط دفعاً للغرر عنه بسبب اعتماده على شراء هذا المشترى فلا يطلب لسلعته مشترياً آخر .

ويجب على المتملك عند الرد أن يحمله إلى محل العقد إذا كان حمل إلى محل آخر سواء كان الذى حمله هو المتملك ، أو المملك ، لأن مؤنة الرد فى خيار الرؤية والشرط والعيب تكون على المشترى .

هل لهذا الخيار وقت محدد ينتهى بانتهائه

هذا الخيار على الرأى الراجح عند المثبتين له ليس له وقت محدد ، بل متى ثبت يستمر حتى يوجد ما يسقطه من المسقطات الآتية ، لأن هذا شأن الحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها ، أو بانتهاء أمدها المحدد لها .

وقيل : إنه يثبت فى مجلس الرؤية فقط ، فإن فسخه فيه انفسخ وإلا لزم العقد ، وقيل : إنه محدد بالوقت الذى يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ ، فإذا مضى وقت بعد الرؤية يكفى لفسخ العقد ولم يفسخه لزم العقد ، وهذان الرأيان ملاحظ فيهما جانب العاقد الآخر ، لأن إثبات الخيار من غير تحديد وقت له قد يضر بالطرف الآخر .

ولكن أصحاب الرأى الأول لاحظوا ذلك أيضاً فاعتبروا كل ما يدل على الرضا من قول أو فعل إجازة للعقد ، فلو قال : أمضيت العقد ، أو رضيت به ، أو أجزته كان إجازة صريحة ، وإذا تصرف فيه تصرفا يدل على الرضا ، كقبضه والانتفاع به ، وإجارته وهبته وبيعه كان إجازة ضمنية ، وينتهى بها الخيار كالإجازة الصريحة ، إلا أن يدل على الرضا صراحة لا يعتبر إجازة إلا إذا كان بعد الرؤية ، فإذا كان قبل الرؤية لا يعتبر إجازة ، ولا يسقط خياره ، ومثله فى ذلك كل تصرف لا يترتب عليه ثبوت حق لغير العاقدين ، أما إذا كان تصرفا يترتب عليه حق لغير العاقدين ، كما فى البيع والهبة فإنه يعتبر إجازة سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

والسبب فى هذه التفرقة أن خيار الرؤية حق أثبته الشارع بعد الرؤية ، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها ، فلو قلنا بسقوطه قبل الرؤية لكان إسقاطاً قبل الثبوت ، ولولا أن النوع الأخير من الإجازة ترتب عليه حق لغير العاقدين وحق الغير يجب المحافظة عليه ، ولا يمكن استعمال حق الخيار إلا بإبطال ذلك الحق ، لولا ذلك لاضطرد الحكم ، من أجل ذلك اعتبر هذا التصرف إجازة مطلقاً سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

مسقطاته: هذا الخيار يسقط بأمور :

١ — بكل ما يدل على رضاه بالعقد سواء كان صريحاً ، أو دلالة على التفصيل السابق .

٢ — تعذر الرد بهلاك محل العقد ، أو تعيبه بعيب يمنع الرد مطلقاً سواء كان بفعله أو بفعل غيره .

٣ — زيادة المعقود عليه زيادة تمنع الرد ، وقد سبق تفصيلها فى خيار العيب ، وهى الزيادة المتصلة غير المتولدة منه التى حدثت عند المتملك ، والمتصلة المتولدة منه على الخلاف ، وكذلك الزيادة المنفصلة المتولدة منه .

٤ — موت من له الخيار سواء كان الموت قبل الرؤية أو بعدها عند من يمنع وراثة هذا الخيار ، وهم الحنفية ، لأنه رغبة و مشيئة كما سبق فى خيار الشرط

خيار التعيين

معناه . مشروعيته . شروطه . وقته .
أثره فى العقد . محله . ما ينهى به . وراثته

خيار التعيين : فى اصطلاح الفقهاء : هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة التى ذكرت فى العقد بمقتضى شرط فيه ؟ كأن يقول شخص لآخر : بعت لك إحدى هذه السيارات الثلاث بثمنها المحدد لها — بعد أن يعين لكل واحدة منها ثمناً — على أن تعين إحداها فى مدة ثلاثة أيام ، ويقبل المشترى هذا العقد ، أو يشترى الشخص واحدة منها ، ويجعل حق التعيين للبائع .

مشروعيته : هذا الخيار منعه كثير من الفقهاء ، كزفر من الحنفية ، والإمامان الشافعى وأحمد بن حنبل ، لأن من شروط صحة العقد كون محله معيناً معلوماً ، وهذا العقد فيه جهالة حيث تردد المبيع بين شيئين أو ثلاثة ، والجهالة غرر ، والرسول نهى عن بيع الغرر ، ومذهبهم هذا هو مقتضى الأصل والقياس .

ولكن أبا حنيفة وصاحبيه أجازوا هذا الخيار استحساناً على خلاف القياس ، لأن الناس محتاجون إلى مثل هذا النوع من المعاملة ، فهذا رجل كبير لا يتولى شراء حاجاته بنفسه ، وذاك آخر لا يستطيع الذهاب إلى الأسواق لكثرة شواغله ، وتلك امرأة محجبة لا تغشى الأسواق ، كل أولئك محتاجون

إلى من يقوم بدلهم بعملية الشراء ، وقد لا يرضى الشيء المعين الذى يشتريه الوكيل أو الرسول رغبة من كان الشراء لأجله ، وقد لا يرضى التاجر بإعطائه أنواعا من بضاعته — بغير عقد — ليعرضها على صاحب الشأن لينتقى منها ما يريد فكان المخلص من ذلك كله أن يشترى الرسول واحداً من اثنين أو ثلاثة ويأخذ الكل ليعرضه على صاحب الشأن ليختار منها ما يوافق رغبته ويحقق طلبته .

وقد يكون الشخص الذى يشترى لنفسه غير خبير بأحوال السلع فيحتاج إلى عرضها على من له خبرة بذلك ، ولو أجل العقد حتى يرى رأيه لضاعت منه هذه السلعة إما لارتفاع ثمنها ، أو رجوع البائع عن رأيه وبيعها لغيره .

شروطه : وخيار التعيين كغيره من الخيارات لا يثبت إلا إذا توفرت شروط ، إن اختل واحد منها فسد الشرط ، وتعدى فساده إلى العقد ، وهى :

١ — أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة لا يتجاوزها ، فإن كان بين أربعة أو أكثر لا يصح ، وذلك لأن هذا الخيار شرع استحساناً على خلاف القياس للحاجة ، فيقدر بقدر الحاجة ، وهى تدفع بالثلاثة وما دونها ، لأن الثلاثة فيها الجيد والردىء والوسط فما زاد يكون مكرراً ، ولا حاجة إليه فيبقى على أصل القياس ، وهو المنع .

٢ — أن تكون الأشياء المخير فيها متفاوتة ليكون للتخيير معنى ، فإن كانت متساوية لا يثبت خيار ، والتفاوت إنما يكون فى الأموال القيمية ، والمثلية المختلفة الجنس ، كما إذا باعه إردباً من أرادب ثلاثة ، واحد من القمح ، والثانى من الأرز ، والثالث من الذرة ، أما المثلية المتحدة الجنس فلا تفاوت بينها .

٣ — أن تكون معينة محددة أثمانها ، فإن كانت غير معينة ، كأن يبيع له سيارة من سيارتين من غير تعيين كان المبيع مجهولا جهالة فاحشة مفضية إلى النزاع فيفسد العقد ، وكذلك لو كانت معينة والثمن غير محدد لكل منها ، لأن البيع يقع على واحد غير معين ، والبيع لا يصح إلا بثمن محدد .

٤ — أن تكون مدة الخيار معلومة على الرأى المعتمد عند الحنفية ، وفى رأى آخر لا يشترط هذا الشرط ، فيصح ولو لم تحدد له مدة ، كأن يقول

بعتك واحداً من هذين الشيئين ، لك أن تعين أيهما شئت ، وعلل هذا الرأى ، بأن اشتراط المدة المعينة هنا لا فائدة فيه ، بخلاف اشتراطه فى خيار الشرط .

يقول صاحب تبيين الحقائق (١) فى هـذا الموضع : (إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط ، فإن التوقيت فيه يقيد لزوم العقد عند مضى الوقت ، وفى خيار التعيـين لا يمكن ذلك ، لأنه لازم فى أحدهما قبل مضى الوقت ، ولا يمكن تعيينه بمضى الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك . والذى يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه) اه.

ولـكن هذا التوجيه مردود . لأن التحديد لايخلو من الفائدة ، وهى كما يقول صاحب الحواشى السعدية : « إن تحديد المدة فى خيار التعيين له فائدة ؛ وهى أن يجبر على التعيين بعد مضى المدة » ، على أن فيه فائدة أخرى ، وهى دفع الضرر عن الطرف الآخر ، لأننا لو أثبتنا الخيار مطلقاً غير مقيد بوقت لـكان الطرف الآخر فى حيرة لايدرى مآل ملـكه .

فالأوفق أن يكون لخيار التعيين مدة ، وهو ما اتفق عليه الإمام والصاحبان ولـكنهم اختلفوا فى مقدارها ؛ فالإمام يرى أنها لا تزيد عن ثلاثة أيام على وفق خيار الشرط ، فإن زادت المدة على ذلك فسد الشرط والعقد .

والصاحبان يذهبان إلى أن تحديدها موكول إلى اتفاق العاقدين ؛ فإذا اتفقا على أكثر من ثلاثة صح .

وعلى هذا الرأى الراجح — وهو اشتراط تعيين المدة — إذا لم يعين لهذا الخيار مدة يكون فاسداً .

هذا واشتراط تحديد المدة فى خيار التعيين إذا لم يكن له معه خيار الشرط فإن كان معه استغنى عن تحديدها (٢) بتحديد مدة خيار الشرط .

وإذا اجتمع خيار الشرط وخيار التعيين ، وحدد لـكل منهما مدة يكون

---

(١) ج ٤ س ٢١ ، ٢٢

(٢) راجع شرح المجلة العدلية — ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها .

ابتداء مدة خيار التعيين بعد الإجازة بخيار الشرط ، أو مضى مدته إن لم توجد إجازة ، ويلزمه التعيين بعد انتهاء المدتين ، وإذا لم يذكر لخيار التعيين مدة يلزمه التعيين بعد انتهاء مدة خيار الشرط ، لأنه هو الوقت الذى يلزم فيه البيع فى واحد غير معين ،فيصير المشترى شريكا للبائع فيجبر على التعيين بطلب البائع .

هل يلزم فى صحة خيار التعيين أنه يكون معه خيار الشرط أولا ؟

اختلف فقهاء الحنفية فى ذلك . فمنهم من ذهب إلى أن ذلك شرط فلا بد من ذكر الأمرين ، وعلى هذا الرأى يكون صاحب الخيار له الحق فى واحد من المخير فيها ويمضى العقد ، أو يرد الكل ويفسخ العقد ، فالعقد على هذا الرأى غير لازم .

ومنهم من ذهب إلى أن ذلك ليس بشرط ، وعلى هذا يكون العقد لازماً فى صورة عدم خيار الشرط ، فليس له رد الكل ، وإن كان صاحب البدائع يرى أن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط يثبت لصاحبه خيار الفسخ لأن الملك الثابت معه ليس لازماً .

والذى يترجح فى نظرى أنه ليس بلازم أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط ، لأن الحاجة قد تدعو إليه وحده ، وأن العقد معه لازم فى واحد غير معين ، فليس لصاحبه الحق فى رد الكل وفسخ العقد بمقتضى خيار التعيين وحده فإذا ما كان متردداً فى تنفيذ العقد من أول الأمر احتاط لنفسه واشترط خيار الشرط مع خيار التعيين ، فيكون له الخيار فى الفسخ وفى التعيين معاً .

أثر هذا الخيار فى العقد : مما سبق بيانه يعلم أن أثر خيار التعيين فى العقد يختلف باختلاف النظر ، فمن يذهب إلى أنه مثل خيار الشرط يكون أثره عنده أنه يجعل العقد غير لازم ، ومن يذهب إلى أنه ليس مثله يكون أثره فى اختيار محل العقد فقط ، والعقد لازم معه .

والرأيان متفقان على أنه لا أثر له فى ثبوت أحكام العقد ، لأنها تثبت من وقت تمام العقد ، ولكن على أنها لازمة على الرأى الأخير .

محل هذا الخيار : وهذا الخيار لايكون إلا فى عقود المعاوضات المالية التى تفيد تمليك الأعيان كالبيع والهبة بشرط العوض ، والصلح عن دعوى المال بالمال ، وما شاكل ذلك .

مسقطاته : هذا الخيار يسقط بواحد من أمور :

١ — تعيين محل العقد باختيار أحد الشيئين المخير فيهما ، سواء كان ذلك صراحة ، كقوله : اشتريت هـذا ، أورضيت به ، أو كان بطريق الدلالة ، كتصرفه فى أحد الأشياء المخير فيها بمايدل على رضاه ، مثل ماإذا كان المخير فيه قطعاً من القماش فقطع واحدة لتفصيلها ثوباً أو سيارة فآجرها أو استعملها بنفسه أو باع واحداً منها أو وهبه أو رهنه إلى غير ذلك من التصرفات .

٢ — هلاك أحد الشيئين بعد قبض المشترى ، فإن الهالك هنا يتعين محلا للعقد ويلزم بدفع ثمنه المحدد له والباقى يتعين للأمانة ، إذا كان الهلاك عند البائع فإن الباقى يتعين للاختيار ، فإذا هلك واحد من اثنين ، أو اثنان من ثلاثة كان الباقى هو المباع وينتهى الاختيار .

٣ — تعيب أحد الشيئين بعيب يمنع الرد،فإنه يتعين محلا للعقد للضرورة .

وراثة هذا الخيار : وينتقل خيار التعيين إلى الوارث إذا مات من له الخيار قبل التعين ، لأن ملك المورث ثبت فى واحد غير معين ، فيثبت الخيار لوارثه ليتعين ماله من البائع ، فلو انقضت المدة من غير أن يعين أجبر على التعيين ودفع ثمن الذى عينه من تركة مورثه ، ولو كان مع خيار التعيين خيار الشرط يبطل حكم خيار الشرط بموت صاحبه لأنه لايورث .

خيار النقد

هذا نوع آخر من الخيارات أثبته الحنفية لحاجة الناس إليه فى معاملاتهم ومعناه . أن يتبايع اثنان من غير دفع الثمن على أن يؤدى المشترى فى مدة معينة ،

وإن لم يؤده فى هذه المدة فلا بيع بينهما ، فإذا قبل الطرف الآخر هذا الشرط صح البيع والشرط معاً .

وعلى المشترى أن ينقد الثمن فى المدة ، فإن فعل ذلك لزم البيع ، وإن لم يفعل كان البيع فاسداً ، إذا بقى المبيع على حاله لم يتغير .

وهذا الخيار كما يثبت للمشترى يثبت للبائع ، وصورته كما فى رد المحتار(١) أن يتبايعا ويدفع المشترى الثمن ويجعل للبائع الخيار فى رد الثمن فى مدة معينة فيقول له : إن رددت الثمن فى هذه المدة فلا بيع بيننا ، ويقبل البائع .

ففى هذه الصورة يثبت الخيار للبائع فى رد الثمن إلى المشترى ، فإن رده ارتفع البيع ، وإن لم يرده لزم العقد .

وهذا الخيار جائز استحساناً على خلاف القياس ، ولذلك منعه زفر من الحنفية لتمسكه فى الغالب بالقياس .

ووجه الاستحسان هنا ظاهر ، وهو أن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذا النوع من الشرط ، وهو فى الحقيقة نوع من خيار الشرط ، لأن الخيار هنا ثبت بالشرط ، ولولا الشرط ما ثبت .

مدته : والقائلون بهذا الخيار اتفقوا على أنه إذا لم يذكر له مدة ، كأن يقول البائع للمشترى إن لم تنقد الثمن فلا بيع ، أو ذكر مدة مجهولة ، كأن يقول : إن لم تنقد الثمن أياما يكون العقد فاسداً فى الصورتين .

واتفقوا على صحته إذا حدد مدة ثلاثة أيام أو أقل كيوم أو يومين ، واختلفوا فيما إذا بين مدة معلومة أكثر من الثلاثة كالأربعة مثلا ، فأبو حنيفة يقول بفساد البيع

---

(١) جـ ٤ صـ ٧٥ .

ومحمد يقول بصحته ومعه أبو يوسف فى قوله الأخير ، والخلاف هنا كالخلاف فى خيار الشرط.

وهذا الخيار لا يورث باتفاق القائلين به ، لأنه رغبة ومشيئة ، والرغبات ليست محلا للأرث، وهذا الحكم يستوى فيه ما إذا كان الخيار للبائع ، أو للمشترى إلا أنه إذا كان الخيار للبائع فى رد الثمن يلزم البيع بموته ، لأن الموجب لإمضاء العقد هو عدم رد الثمن وقد تحقق عدم الرد بموته ، وإذا كان الخيار للمشترى فى نقد الثمن يبطل البيع بموته حيث كان الموجب للامضاء هو نقد الثمن ، ولم يتحقق النقد قبل موته ، ويتعذر بعد موته حيث لا يخلفه أحد فيه

هذا ومن يستعرض أحكام الخيارات الأخرى ، كخيار الاستحقاق ، وهو مايثبت للمشترى ، إذا استحق بعض المبيع ، فله الحق فى رد باقى المشترى ، ويأخذ الثمن كله أو يأخذه بحصته من الثمن ، وخيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى فله فى هذه الحالة أن يفسخ العقد أو يمضيه .

من استعرض ذلك كله يجد الفقه الإسلامى يسير مع الزمن ، ولا يأبى كل جديد بل يجده يحاول تحقيق مصالح الناس بشتى الطرق مالم يكن فى ذلك مصادمة لنص قطعى ، أو إبطال لقاعدة من قواعده العامة ، وماجاء من تفريعات الفقهاء مخالفاً لذلك فهو مردود عليهم، والشريعة منه براء لأنه مصادم للنص القاطع فى كتاب الله « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

ونكتفى بهذا القدر ، ونحمد الله سبحانه ، ونسأله المزيد من فضله .

« ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له من بعده وهو العزيز الحكيم » .

فهرس الموضوعات